

論説

実証主義国際法学の確立過程における合意主義の系譜（一）

—— オッペンハイムの共通の同意理論を中心に ——

小 栗 寛 史

序 論

第一部 予備的考察——先行研究の到達点とその課題
はじめに

第一章 「公理」としての合意主義——「公理」化過程の素描

第一節 条約法の法典化の試み

(一) 条約法条約起草以前

(二) 条約法条約の起草過程①——フィッツモーリス報告書

(三) 条約法条約の起草過程②——ウォルドック報告書から外交会議まで

第二節 学説上の議論

(一) 条約法条約起草以前における議論状況——ハーヴァード草案との関係を中心に

(二) 近年における研究動向——実証主義国際法学の確立過程の再検討

(三) 残された課題——オッペンハイムの位置づけをめぐる問題

第二章 国際法（史）研究におけるオッペンハイム

第三章 実証主義国際法学の確立期における国際法研究の状況

（以上、本号）

第 二 部 の ま と め

第二部 問主観的合意主義理論の形成——オッペンハイムの共通の同意理論

第三部 「公理」化過程における問主観性の喪失——客観的原理としての *pacta sunt servanda* の成立

結 論

序 論

(一) 本稿の主題と背景

法は発展します。但し、国家間の合意がある場合においてのみです。合意の対象範囲又は合意の対象外となる範囲については、条約解釈上の確立したルールに依らなければ判断することができません。日本は合意されたものを完全に尊重し、「合意は守られなければならない (*pacta sunt servanda*)」という根本的な原則を尊重してきました。〔…中略…〕。

前述しました「合意は守られなければならない」という原則、それは数世紀に亘り国家間の共存を可能ならしめた法の基礎です。したがって、ある国家の行為がその他の国家にとって道徳的に非難されるべきであるという誤った理由でこの賢明な原則を排除するとすれば、それは非常に残念なことです。⁽¹⁾

国際法学において、国際法規範が国家間の合意によって定立されるものとして伝統的に理解されてきたことは周知の通りであろう。尤も、近代国際法の成立時点から絶えずこのように理解されていたわけではなく、国際法が自然法と同一視された近代国際法学形成期においては、神の意思や理性の命令といった先験的な要素に基礎づけられる規範こそが「国際法」として認識されていた。しかしながら、科学一般における方法論としての実証主義が主流化していく中で、国際法学においても一九世紀を通して自然法論は徐々に凋落し、その結果として実証主義国際法

学⁽²⁾が確立されるようになる。その過程においては、国際法の拘束力を理性によって認識可能な超経験的なものではなく、人為に基づくものによって基礎づける試みがなされたのであった。⁽³⁾

このような実証主義国際法学の確立過程において、国際法の基礎を人為的なものに求めようとした際に、「独立、平等の国々からなる国際社会においては、国々に命令（上位意思）を課する上位者は存在しないがゆえに、国際法は同位者間の合意でしかありえない」という認識に基づいて、国際法上の義務の淵源は国家意思に求められるようになる。そして、このように（絶対的な）⁽⁴⁾国家主権の存在を前提とした上で、主権国家の意思が実定国際法規則を創設するという考えは意思主義（voluntarism）——ドイツ語圏の議論ではより特定の「国家意思実証主義（Staatswillenspositivismus）」——と呼称されてきた。

意思主義は、国際法の拘束力の根拠を主題として、近代国際法学形成期の自然法論から戦間期の客観主義国際法論に至るまでの主要な学説の展開過程の検討を試みる中で論じられてきたものである。とりわけ自然法論の否定に立脚した実証主義国際法論において、国家の主権的意思に基礎づけられる国際法の客観的拘束力を如何にして構想するかという問題意識が共有され、かかる問いへの取組みとして、イエリネック（G. Jellinek）の自己拘束理論からケルゼン（H. Kelsen）の根本規範理論に至るまでの学説史が描かれてきた。⁽⁵⁾これらの研究は、イエリネック、トリペル（H. Triepel）、アンツィロッティ（D. Anzilotti）、そしてケルゼン等、その検討の対象となる論者を共有しており、⁽⁶⁾例えば村瀬によって簡潔に纏められているように、次のような共通理解が得られているといえる。

とりわけ、ゲオルグ・イエリネックの「国家の自己拘束」[Selbstverpflichtung] 理論からハインリッヒ・トリペルの「合同行為」[Vereinbarung] の理論への推移、そしてハンス・ケルゼンの規範論理的合意論に至る国際法理論の系譜においては、様々な位相と振幅の差はあれ、いずれも国家間の「合意」の在り方と、それを基礎に形成されている国際法の「客観

的妥当性」をめぐって論じられてきたのであった。⁽⁷⁾

村瀬の理解において明らかに示されているように、国家間合意の法的性質とそれを基礎とする国際法の客観的妥当性をめぐる理論は、主に「一九世紀末」のドイツ語圏の文脈に即して議論されてきたものである。村瀬はかかる国際法理論の系譜に「様々な位相と振幅の差」が存在することを指摘しているが、まさにこの「位相と振幅の差」を描くことが国際法の法的性質に関する従来の学説史研究の課題であり、本稿もまたこの問題に取り組もうとするものである。

(二) 本稿の問題意識——「意思主義」理解の多様性と「合意主義」との区別の必要性

従来の学説史研究がこの過程を如何に描いてきたのかという点については第一部で確認するが、ここではそのような個別の研究成果を反映している国際法の代表的な概説書及び辞典類における記述に注目することで、本稿の問題意識を明らかにしておきたい。まず、概説書については、国際法の法的性質又は拘束力の根拠という項目の中で比較的詳細に学説類型を紹介するものが確認され得る。例えば浅田は、「国際法の拘束力の根拠」という項目の中で、「一九世紀以降の実定法の時代になってからは、なぜ特定の手續による産物が法的拘束力をもつことになるのかを説明する必要が生じた」として、「意思主義（合意理論）」、「規範主義（根本規範論）」、そして「客観主義（社会的認識論）」を挙げ、第一の「意思主義（合意理論）」について、「一九世紀に主流であったもの」で国際法の拘束力を国家の意思に基礎づけようとするものと説明する。そして、その代表的な論者としてトリーパーを挙げ、「国際法の拘束力は、諸国家の意思の合致（合意）によって作り出される『共同意思』によって生ずる」（傍点強調は筆者（小栗）による。以下同様。）という。その上で、このような考え方は、条約においては妥当するが、「国家の意思

とは独立にすべての国を拘束する一般国際法の存在を説明することができないとして批判されることがある」点を指摘し、このような批判の中から生まれたのが「二〇世紀前半の規範主義（根本規範論）」であって、これらは国家の意思表示が拘束力を有するという前提を根本規範に求めるものとして説明されるのである。⁽⁸⁾

また、同様の記述は杉原の概説書⁽⁹⁾においても確認される。邦語の概説書の中では比較的詳細に本主題を論じている杉原は、国際法の拘束力の根拠に関する学説史上の諸見解として、イエリネックの自己拘束説、ケルゼンの根本規範説、そしてデュギー（J. Duguit）の社会連帯説を挙げた上で、これらは「国際法の拘束性を基礎づけるための優れて独創的な見解ではあるものの、その現実社会との乖離や実証性の稀薄さなどから必ずしも広範な支持をえたわけではない」と評価している。その上で、「これまで一般的に支持されてきたのは共同意思説すなわち合意説である」として、これを支持する多くの学者を挙げつつ、これを「意思主義に立脚しつつ国際法の基礎を諸国の共同の合意に求めることによつて一国の意思のみによるその離反を認めない立場」と説明する。そして、この共同意思説（合意説）が抱える問題点として、①諸国家の意思の合致＝合意が法的拘束力を生み出すのは何故か、それはどのようにして説明可能なのか、②慣習国際法の規範性はどのように説明されるのか、という二点を指摘し、とりわけ①の問題点を解決するために、アンツイロツティが「絶対的な客観的価値を有する第一次的で証明を要さない仮説である *pacta sunt servanda*」を定立した、と纏めている。

ここで着目したいのは、浅田における「意思主義（合意理論）」と杉原における「共同意思説（合意説）」との関係である。いずれも諸国の意思の合致としての共同意思に国際法の拘束力の基礎を求める考え方として説明されていることが理解される。また、この考え方に内在する問題点の克服のためにいわゆる根本規範理論が提示されたという点においても両者の見解は共通しているが、両者が示している「共同意思」の内実はまったく異なるものであることには注意を要する。というのも、浅田はトリーベルの共同意思理論を意思主義の例として挙げたことで、国

家意思の合致を合意と考えるのが「意思主義（合意理論）」であるという理解を示したが、これに対して杉原が説明する「共同意思説」は、「意思主義に立脚しつつ国際法の基礎を諸国の共同の合意に求めることによって一国の意思のみによるその離反を認めない立場」と説明されており、そこで挙げられている具体例の中にトリーパールの共同意思理論を確認することはできない。⁽¹⁰⁾つまり、同じ「共同意思」に着目していても両者が念頭に置いている具体的な理論は異なっており、意思主義の内実が様々であることがここから確認されるのである。⁽¹¹⁾

このような意思主義という観念の多様性は、辞典類における説明においても確認されるものである。例えばバリー（C. Party）等によつて編集された辞典においては、一九世紀に支配的であつた実証主義の一形態であり、国家の意思を国際法の排他的な淵源とする考え方である「意思主義（voluntarism）」⁽¹³⁾とは別に、（条約のみならず）すべての国際法上の義務の基礎が国家の同意（consent）にあるという考え方として「同意理論（consent/consensual theory）」⁽¹⁴⁾が挙げられている。ここでは前者についてドウ・ヴィシェー（Ch. de Visser）による説明が、後者については常設国際司法裁判所の「ローチュス号」事件判決（一九二七年）⁽¹⁶⁾がそれぞれ引用されており、国際法規則に与えられる国家の「同意」に国際法の拘束力の根拠を求める考え方（「同意理論」）が意思主義とは異なる観念として取り上げられていると理解される。⁽¹⁷⁾

次にサルモン（J. Salmon）による辞典を確認すると、「意思主義（voluntarisme）」と「合意主義（consensualisme）」とが区別され、前者については「国際法が国家の意思に基礎づけられるという学説」⁽¹⁸⁾として、後者については、①ある合意の基礎を利害関係者の同意（consentement）に求める一般的原则、②意思主義を指すものとして時に誤用される呼称として、それぞれ説明されていることがわかる。前者の説明においては、パリー等の辞典の「同意理論」と同様に「ローチュス号」事件判決が、後者の①についての説明では、「条約法に関するウィーン条約」（以下、「条約法条約」とする。）の起草過程におけるフィッツモーリス（G. G. Fitzmaurice）の第一報告書（一九五六年）

第四条で示された「拘束は同意から生じる (*Ex consensu advenit vinculum*)」という原則及び国際司法裁判所(以下、「ICJ」とする。)の管轄権に対する同意原則が、それぞれ言及されている。つまり、同じ判決に基づいて、一方では意思主義とは区別されるものとして示される同意理論が、他方では意思主義そのものが説明されているのである。

以上で確認されたように、国家主権の絶対性を基礎としながらも、様々な意味を有するものとして意思主義は援用されてきており、とりわけある国際法規則に対する国家の同意が国家の意思の問題として理解されるため、意思主義と合意主義とが観念的に混同されてきたといえる。しかしながら、意思主義という理論構想の中心に据えられる国家意思は、一九世紀末のドイツ語圏の議論に特有の絶対主権理論と同一視されるという従来の理解に限定されるものでは決してない⁽²⁰⁾。さらに前述の概説書及び辞典における説明が錯綜している状況に鑑みると、国家意思をどのように構想するかという点が論者によって様々に異なっていたという点に着目し、多様な意味を有し得る「意思主義」のみを以って学説史を描くのではなく、国家間の意思の合致である「合意」が国際法規範の淵源であって、その「合意」に拘束力の根拠を求める考え方である「合意主義」を意思主義から観念的に区別して論じることが有用であると考えられる。というのも、国家意思を国際法の究極的基礎とする理論(「意思主義」)において、最終的に合意に至った国家意思を撤回不可能とする根拠が存在しない限り、国際法の継続的拘束力は説明され得ないのであり、それ故に、意思主義内部においても例えば国家の個別の意思に還元され得ないような意思統一体が観念されたり、さらには「合意は守られなければならない (*pacta sunt servanda*)」という法格言のような、それ自体は証明不可能な「仮説」(論者によっては「根本規範」又は「公理」とも呼ばれるもの)が導入されたりすることになる。このことは、主権的な国家意思を絶対とする「意思主義」に基づくとしながら、実は国家意思の合致を拘束力の淵源とする「合意主義」を援用しなければ国家間合意の拘束力を説明し得ないことを意味するに他ならない⁽²¹⁾。それ故

に、ここに意思主義と合意主義が関連づけられ、何故国際法学においてこのような「合意主義」が妥当するのかわかという点が説明されなければならないのである。⁽²²⁾つまり、サルモンの指摘のように「合意主義」を「意思主義の誤用」と理解するのではなく、主権国家の意思が合致した「合意」こそが実定国際法規則であり、その拘束力の基礎の淵源となると構想するものとして「合意主義」を理解することで、意思主義の系譜であつてもそれとは明確に区別される理論の一群を明らかにすることができるよう考えられるのである。⁽²³⁾

(三) 本稿における分析視角——共時的視点の導入とオッペンハイムへの着目

以上の理由から、本稿は意思主義と合意主義とを峻別した上で、実証主義国際法学の確立過程において合意主義がどのように構想され、受容されていったのかという点を明らかにすることを目的とするものである。そしてこのように合意主義の系譜を描き出す際に、本稿では従来の学説史において十分に意識されてこなかった共時的視点を導入することとしたい。何故ならば、前述の村瀬の理解においても明らかのように、多くの先行研究が主としてドイツ語圏の議論の検討に終始し、同時代の議論との関係を等閑視してきたからである。⁽²⁴⁾たしかに先行研究が注目してきたように、近代国際法学完成期において国家間合意の法的性質に関する議論を主導したのがドイツ語圏の議論であつたことは事実である。⁽²⁵⁾しかしながら、本稿第二部及び第三部で確認されるように、それらはドイツ語圏で単線的に展開されたものでは決してなく、同時代の国際法論における受容や批判を通して発展したものであつた。このような共時的視点の導入によってドイツ語圏以外の議論状況に目を向け、理論間の具体的な継受関係に着目することで、従来十分に描かれてこなかった様々な系譜を明らかにすることができるよう考えられるのである。

そして、従来の研究においてこの文脈で必ずしも十分な理論的検討がなされてこなかった者として本稿が着目するのは、二〇世紀初頭を代表する国際法学者であるラサ・オッペンハイム (Lassa Oppenheim: 一八五八—一九一

九）である。オープンハイムが実証主義国際法学の確立過程において言及される場合は、トリールベルが提唱した「共同意思（common will）」又は「共同意思形成合意（Vereinbarung）」⁽²⁶⁾に並列してオープンハイムの「共通の同意（common consent）」が挙げられ、イエリネックに代表される意思主義理論からトリールベルやオープンハイムの理論への発展の必然性が指摘されることが殆どである。⁽²⁷⁾これらの研究においては、以上のような指摘がなされた上で各理論が検討されるものの、そこではトリールベルの共同意思・共同意思形成合意とオープンハイムの共通の同意との異同が精査されることなく、例えばケルゼンの根本規範理論のような後の理論の考察へと関心が移されることになる。

しかしながら、後（第二部第三章）に明らかにされるように、トリールベルとオープンハイムとの間には国家意思や国家間共同体の認識等において多くの異同が看取されるのであり、両者を一つの類型に纏めて論じることができないという点には留意が必要である。トリールベルとは異なり、国際法の基礎・法源を合意によって基礎づけるオープンハイムは、その前提として何故国際法学において合意主義が妥当するのかという点を検討した論者であった。また、「国際法の客観的妥当性は国家の意思に基礎づけられ得ない」という批判に立脚した根本規範理論が後に提唱されることになるが、かかる議論の主唱者であるケルゼンの議論——とりわけ慣習国際法論——の出発点として批判されていたのは、他でもないオープンハイムの議論であった。

以上のように、一見したところ、その（概説書の）高名さに比して「理論家」としての評価を十分に受けてこなかったオープンハイムの共通の同意理論を、国際法の拘束力の根拠を国家間合意に基礎づける合意主義の系譜の中に位置づける余地が見出され得るように考えられる。それ故に本稿は、共時的な視点を欠く先行研究が国際法（学説）史研究として不十分であること、とりわけ、既存の研究がその議論の対象となる論者を限定してきたことに着目し、共時的な視点を導入することで従来の議論を再構成し、そこにおけるオープンハイムの位置づけを再考することを通して、実証主義国際法学の確立過程における合意主義の系譜を描き出すことを試みる。このような作業は、

実証主義国際法学が確立したといわれる「一九世紀末」の近代国際法学完成期における国際法理論を、「自然法論から法実証主義への展開」や「主観（国家意思）と客観（国家間共同体）の二項対立⁽²⁸⁾」という従来の研究で示されてきた視点とは異なる角度から再検討するものであり、それによって二項対立に解消され得ないような過去における様々な理論的営為——「間主観的な（intersubjective）⁽²⁹⁾」合意主義の系譜——を明らかにするものである。

（四）合意主義に関する学説史研究の現代的意義

このような本稿における検討は、過去の国際法学の姿を解明するという意味で学説史研究たることを主たる目的としているが、その背景には現代国際法に通ずる問題意識が存在する。というのも、本稿が明らかにしようと試みる合意主義は、過去の特定の時代において妥当した理論ではなく、現在に至るまで国際法学に通底する理論であり続けてきたからである。このことは、冒頭に引用したICJの「南極における捕鯨」事件における日本政府代理人・鶴岡公二外務審議官（当時）の陳述からも確認される通りである。ここで言及されているように、合意の拘束力は「合意は守られなければならない（*pacta sunt servanda*）」というラテン語の法格言によって示されてきた。かかる法原則はローマ法に起源を有するものとしてしばしば主張され、国内私法における契約の拘束力が同原則によつて説明され、後に国際法学においても条約が契約の類推によつて説明される際に、その拘束力が同原則に基礎づけられた⁽³⁰⁾。

そして、このような合意主義理論は、慣習国際法への妥当については依然として議論が残るところであるが⁽³¹⁾、少なくとも条約については実定国際法上確立した原理となっている。例えば一九六九年に採択された条約法条約において、条約は定義上「国・の・間・に・お・い・て・文・書・の・形・式・に・よ・り・締・結・さ・れ・、国・際・法・に・よ・つ・て・規・律・さ・れ・る・国・際・的・な・合・意・」であることが規定され（第二条一項(a)）、さらにその前文は「自由意思による同意の原則及び信義誠実の原則並びに

『合意は守られなければならない』との規則が普遍的に認められていることに留意し」ている。その上で、第二六条においては、「合意は守られなければならない」(*pacta sunt servanda*)」旨が、そして第三四条では「合意は第三者を益しも害しもしない」(*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)」旨が規定されている。これらの規定から明らかなように、国家間の合意——個別国家の意思の一致——によって条約が締結され、当事国間で拘束力を有するという合意主義が条約法条約において明確に表明されているのである。⁽³²⁾

但し、このように合意主義を基礎とする条約法条約の規定の中にも、強行規範(*ius cogens*)及び事情変更原則(*clausula rebus sic stantibus*)のように、合意主義理論とは親和性を有さないような又は緊張関係に立つ原理が導入されていることには注意を払う必要がある。⁽³³⁾ 前者については、国家は自発的な意思に基づいて如何なる内容の条約でも締結可能であるという自由意思による同意の原則に対して、条約の内容が国際公序(*international public policy/ordre international public*)や道義・普遍的正義に反することを理由として、国家間共同体の全体利益の観点から一定の制約を課すものである。⁽³⁴⁾ 国際社会の構造上かかる規範の存在は認められ得ないという議論もあるが、その具体例については依然として争いがあるものの、現在では強行規範の存在とその法的効果については一般的な合意があると考えられている。⁽³⁵⁾ 後者については、条約の終了・脱退事由として援用し得る「事情の根本的な変化」の解釈次第では濫用の虞が多分にあり、それによって *pacta sunt servanda* 原則が担うところの条約の安定性の保護が阻害されることから、同原則の例外として指摘されてきた。⁽³⁷⁾ 但し、事情変更原則については、後に生じた重大な事情の変化が条約締結時の国家の同意の不可欠な基礎を損なうと考えることで、同原則の適用を認めることは合意主義に対する例外としてではなく、むしろ「内在的原理」であると評価することも可能である。⁽³⁸⁾

いずれにせよ、実定国際法上の制度としての条約法条約を全体として考えると、強行規範及び事情変更原則の適用の効果とその手続については、同条約の第六五条から第六八条までが併せて適用されることに留意すべきである。

う。このような手続の整備自体が、第二六条という「原則」のセーフガードとして機能していると考えられるならば、以上のような一見したところの「例外」は、条約法条約における合意主義の位置づけを否定するものとまではいえないのである⁽³⁹⁾。現代国際法における *pacta sunt servanda* 原則が、如何なる国家の同意であつてもその形式だけを以て合法としていた近代国際法における「条約自由」ではなく、条約前文で謳われているような国家の「自由意思による同意の原則」を示していると論じられることの意味はまさにここにあるといえよう⁽⁴⁰⁾。

このようにして、条約法という制度に内在する制約は認められるものの、条約を国家間合意として理解し、それが国家間合意であるが故に当事国を拘束すると説明する合意主義理論は、実証主義国際法学における「前提」又は「公理」⁽⁴¹⁾として機能してきたのである。

(五) 「伝統的な合意」についての理解の一面性

しかしながら、国際社会のグローバル化に伴って国際法の形成方法が多様化した結果、合意主義の現代的妥当性について疑義が呈されるようになってきていることもまた事実である。例えば、国連総会の表決方式に代表されるように、全会一致方式から多数決又はコンセンサス方式への移行がみられるようになったが、かかる方式によって採択された文書の多くは国家を拘束するものとしては捉えられなかった。一九九〇年代になると、人権保障又は国際共同体の利益の追求といった観点から国家の同意原則への批判が提起されるようになり、⁽⁴²⁾ 其中で条約の拘束力の淵源を国家の同意に求める伝統的な法形成とは異なる点に着目した議論が展開されてきた。⁽⁴³⁾ さらに近年では、とりわけ環境法分野において顕著なように、グローバル公共財の国際法による規制という観点から「国家の明示的同意に基づかない法形成 (nonconsensual lawmaking)」⁽⁴⁴⁾ に関する規範的及び記述的な分析を試みる研究が蓄積してきている⁽⁴⁵⁾。これらの先行研究においては、国家が国際協力の実現のために非形式的な (informal) 法形成を嗜好して

いることが描出されたり、国家の同意原則の衰退が提示されたりしている。⁽⁴⁷⁾ また、以上のような認識を前提として、伝統的な国家の同意がその結果の正統性 (legitimacy) も担保していたということに鑑み、国際法規範の正統性を担保する新たな要素の検討の必要性も論じられてきた。⁽⁴⁸⁾

このようにして伝統的な合意主義の現代的妥当性に対する疑問が提起されてきたが、それらの議論を精査すると、そこにはかかる評価をめぐる対立構造を見て取ることができる。この対立構造自体は決して現代の新しい現象に特有な議論ではなく、古くは例えば国連憲章の改正に関して議論されていたものである。即ち国連憲章第一〇八条によれば、ある加盟国が憲章の改正に同意しない場合であっても、当該改正が一定数以上の加盟国によって批准された後には当該加盟国を拘束することになるため、この意味において合意主義が妥当していないと評価されるのである。⁽⁴⁹⁾ これに対しては、国連憲章の改正において合意主義が修正されていることを認めながらも、同意を与えていない規則の形成を可能とする規定に対する（事前の）同意の存在によってかかる修正が正当化されると評価されることもある。⁽⁵⁰⁾ さらに、このような議論については次のような反論が提起されることになる。即ち、派生的な合意に対する国家の同意が存在しないにも拘わらず、当該合意を可能とする授權規定 (enabling clause) に対する同意を以って当該合意における合意主義の妥当を説くのは「擬制に過ぎない」という批判である。彼らによれば、授權規定に対する同意に基づく以上のような議論は、「本来の合意の名には値しないほど中身を空洞化させたものに他ならない」⁽⁵¹⁾ のであって、少なくとも伝統的な合意主義の立場からは擁護され得ないという。つまり、国家主権と国家の同意原則との関係を重視するこのような立場からは、授權規定に対する同意は「実質的な合意を伴わない合意」に過ぎず、「国家は規範に拘束されることに對して予め同意するが、同意を与えた時点では当該規範の内容は分からない」⁽⁵²⁾ のであって、これでは自らの主権を擁護することはできないと論じられるのである。

以上で確認された評価の対立が、それぞれの立場における合意主義の理解の相違に起因しているということは明

らかである。それ故に、「国家の明示的同意に基づかない法形成」という現代的な法現象が従来の理論を以って説明可能か否かという点を議論する前提として、「合意主義をどのような内実を伴うものとして理解するのか」という問いへの回答が求められていることを以上の議論は示唆しているといえよう。とりわけ、これらの議論において現代的な合意の特質が多様な形で説明されているのに対して、「伝統的な合意」は常に意思主義に即して国家の主権の絶対性を強調するものとして描かれてきたことに鑑みると、伝統的な合意に関する理論が一樣なものであったという従来の理解に対する批判的な考察の余地が十分に認められるのである。

(六) 本稿の射程、方法論及び構成

本論に進む前に、本稿の射程と方法論についても簡単に言及しておきたい。まず、本稿が主たる検討の対象とする時期——近代国際法学完成期——とそれ以前の国際法の伝統との関係については、若干の修正が必要であるといえ、基本的には「自然法論から実証主義へ」という大きな見取り図⁽⁵⁶⁾の中で描かれてきた。この関係を「断絶性」と「連続性」の両者によって意識的に説明しようと試みたのは田畑であったが、田畑は一方では「一九世紀の実証主義」を絶対的主権理論・意思主義と同一視することでそれ以前の国際法の伝統からの「断絶性」を描き、他方ではヴァッテル (E. de Vattel) の原子論的国際法観を参照点とすることで「連続性」の側面も照射している⁽⁵⁷⁾。また、このような田畑の試みと同様に、合意主義の実証主義 (consensual positivism) の起源をヴァッテルに見出そうとする研究もある⁽⁵⁸⁾。かかる研究は、自然法論を採用していたとしても——自然国際法を国際法の法源の一つとして採用していたとしても——国家間合意を淵源とする国際法を構想することは可能であるということ、実際にヴァッテルが意思国際法 (Droit des Gens Volontaire)・協定国際法 (Droit des Gens Conventionnel) 及び慣習国際法 (Droit des Gens Coutumier) と⁽⁵⁹⁾三つの実定国際法を国家の合意に基礎づけられるものとして提示していたこ

とに着目して論じるものである。たしかに、ヴァッテルについては国家間合意が国際法の淵源となることを承認している点で合意主義を採用したものと評価し得るかもしれないが、そのような国家間合意としての国際法の拘束力は、とりわけ彼の意思国際法の構想において明らかなように結局のところ同意への忠誠を課す自然法に基礎づけられていたの⁽⁵⁹⁾であって、本稿が検討の対象とする実証主義国際法学における合意主義の系譜には位置づけられないのである。つまり、本稿が対象とする合意主義というのは、あくまでも国際法の法源として自然法のような先験的な要素を排除する方法論上の実証主義に連なる考え方であり、その意味でヴァッテルのような議論は本稿における検討の射程外に置かれることとなる。

次に、本稿における方法論の問題として、本稿が検討対象とする素材についても言及しておきたい。よく知られているように、国際法史研究において常に意識されてきた方法論上の問題の一つとして学説（理論）と実行との関係が挙げられる⁽⁶⁰⁾。例えばある実定国際法上の規則——領海の幅員等——の歴史的展開を検討する場合には、学者の見解（学説）だけでなく、国家実行も考察の対象となり、学説と実行の緊張関係に注意を払いながら実定法規則の発展過程を描くことが可能であり、実際にそのようにして描かれてきた。しかしながら本稿のように、国際法の客観的妥当性についての議論を検討する場合には、関連する国家実行は殆ど見られないといえる。何故ならば、前述の個別の実定法規則の場合とは異なり、国際法の拘束力の根拠が条約において言及されたり、行為規範として国家によって明示的に援用されたりすることは稀だからである。それ故に、本稿における検討は、学説の展開を中心的に追うものとならざるを得ず、そこで異なる理論間の継受関係に着目することで、かかる展開を歴史的に跡付けることとしたい。但し、関連する実定国際法規則が存在する場合には、そのような実行について、それを同時代の学説がどのように評価しているかという点も併せて検討する。

以上で示した問題意識、目的及び方法論に従い、本稿は予備的考察を含む三部構成を以って実証主義国際法学の

確立過程における合意主義の系譜を提示する。まず第一部では、本稿の予備的考察として先行研究の到達点と課題を明らかにするために、合意主義理論史がどのように語られてきたのかという点、そして国際法史研究及び個別の問題に関する国際法研究において本稿が着目するオッペンハイムの国際法理論がどのように論じられ、評価されてきたかという点を検討する。次に第二部では、オッペンハイムが一九〇五年及び一九〇六年に上梓した『国際法』初版⁽⁶⁾の形成に焦点を当て、彼以前の議論状況と彼のテキストとの関係を検討することで、彼が示した共通の同意理論の特質を明らかにする。そして第三部では、オッペンハイムらによって提示された合意主義理論のその後の展開過程を検討し、『*pacta sunt servanda* 原則が客観的原理として認識されていく様相を提示することとしたい。最後に結論においては、本稿で示された内容が従来の国際法史研究に何を付け加え、その結果としてどのような新たな視座が得られるのかという点を明らかにする。

* 本稿は筆者(小栗)が二〇一八年に九州大学に提出した博士学位請求論文「国際法学説史における合意主義理論の構造と展開——オッペンハイムの共通の同意論をめぐる」を大幅に加筆修正したものである。なお、本研究は「JPS科研費 16J02741」18J00002、19K01315、20K13326の助成を受けたものである。

(1) “Verbatim Record CR 2013/12. *Public Sitting Held on Tuesday 2 July 2013, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Tomka Presiding, in the Case Concerning Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*”, pp.20-21, paras.27-30.

(2) 周知の通り「法実証主義(legal positivism)」は極めて多義的であるが、本稿が「実証主義国際法学」として意味するところは、方法論としての実証主義が国際法学の基底をなしているという事実であり、その方法論としての実証主義とは、先験的な要素を排除し、経験的に認識・証明可能なものによつて経験世界を基礎づけるという学問的態度である。この方法論としての実証主義が国際法学に導入されることで、実定法が経験的な所与の事実として認識されることになる。そこでは、例えばかつてアール(R. Ago)が論じたように、「実定法や現行法(law in force)である」ということの意味が問われるのである。R. Ago, “Positive Law and International Law”, *American Journal of International Law*, vol.51 (1957), pp.691-733. 「法実証主義」について

理解されているものの意味内容の多様性については差し当たり次の文献を見よ。加藤新平『法思想史』（新版）（勁草書房、一九五二年）九九一―一〇八頁・矢崎光圀『法実証主義——現代におけるその意味と機能』（日本評論新社、一九六三年）一七七一―二四八頁。さらに、より特定の国際法における法実証主義について概説した近年の研究として、例えば次を見よ。J. Kammerhofer, "International Legal Positivism", in A. Orford/F. Hoffmann (eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016), pp.407-426; R. Kolb, *Theory of International Law* (Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016), pp.105-109; F. Lachenmann, "Legal Positivism", in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp.785-797.

- (3) 尤も、近代国際法学の完成期において法実証主義が自然法論に完全に取って代わったとどう（過去において支持を得ていた）理解が誤りであることは、近年共有されるようになってくる。この点についての実証的な研究として、例えば次の論考を見よ。M. Vec, "Sources of International Law in the Nineteenth Century European Tradition: The Myth of Positivism", in S. Besson/J. d'Aspremont (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2017), pp.134-135.

- (4) 森川俊孝「一般慣習国際法における意思主義と客観主義の相克」『山形大学紀要（社会科学）』第二二卷（一九九二年）二二〇頁。

- (5) このような先行研究とそれに対する評価については第一部第一章を見よ。

- (6) 同様の傾向は例えば次に掲げるような現代の概説書においても確認される。浅田正彦（編）『国際法（第四版）』（東信堂、二〇一九年）九一―一〇頁（浅田正彦執筆部分）；杉原高嶺『国際法学講義（第二版）』（有斐閣、二〇一三年）七―八頁；藤田久一『国際法講義——国家・国際社会（第二版）』（東京大学出版会、二〇一〇年）二九―三二頁；柳原正治はか（編）『プラクティス国際法講義（第三版）』（信山社、二〇一七年）三一―四頁（柳原正治執筆部分）；K. Ipsen, *Völkerrecht: Ein Studienbuch*, 6. Aufl. (München: C. H. Beck, 2014), S.7-8; W. G. Vitzthum/A. Proebß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. Aufl. (Berlin: De Gruyter, 2019), S.27. なお、詳細は第一部第一章で確認されるが、エヴァンス（M. Evans）によつて編集された概説書におうづ、ネフ（S. C. Neff）が自らの研究成果に即して実証主義を「経験主義者（empiricist）」「共同意思（common will）」「意思主義者（voluntarist）」の三つの系譜に区別して論じている点は、その特異性という意味で注目値する。S. C. Neff, "A Short History of International Law", in M. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014), p.14.

- (7) 村瀬信也『国際立法——国際法の法源論』（東信堂、二〇〇二年）一九一―一九二頁（初出：一九八五年）。但し、人名の原語表記及び脚註は省略。

- (8) 浅田（編）・前掲註（6）九一―一頁。具体的には、ケルゼンとアンツイロッティが挙げられ、前者は、条約の拘束力は慣習法

から生じ、慣習法の拘束力は「諸国は慣習的に行動しているように行動すべきである」という根本規範に、後者は「合意は拘束する」という一つの根本規範に基づいた議論を展開したことが確認されている。また、国際法の拘束力の根拠を「このような根本規範論を含め基本的に意思に求める」考え方が「広義の意思主義」として提示されている点も特徴的であろう。

(9) 杉原・前掲註(6)七七八頁。

(10) 杉原がここでも例として挙げているのは、ヴァッテル、ケント(J. Kent)、フィリモア(R. Philimore)、オッペンハイム、トゥンキン(G. I. Tunkin)等であり、「共同意思」とは「諸国家の同意(consent of nations)」や「共同の同意(common consent)」と示されるものとして観念されている。同前、七七八頁。

(11) このことは、一度成立した国家間合意に固有の法的性質を認める——一国の意思による合意からの離反を認めない——という杉原が論じるような「共同意思説」についてトリールベルの理論に即して説明する藤田の概説書と比較することによりよく理解されるだろう。藤田・前掲註(6)三〇頁。

(12) 杉原自身は「意思主義」という語を積極的に用いていないが、意思主義(voluntaristische Theorie/Staatswillentheorie)という一つの類型の中で杉原の言う「共同意思」について論じるものとして、例えば次の概説書を見よ。Ipsen, aa.O. (Anm.6), S.7-8; Vitthum/Proelß (Hrsg.), aa.O. (Anm.6), S.27.

(13) K. P. Grant/J. C. Barker, "Voluntarism", in *idem, Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, 2009), p.664.

(14) *Idem*, "Consent Doctrine (or Theory)", in *ibid.*, p.118.

(15) ドゥ・ヴィシエーの言として引用されているのは、国家をすべての規範の唯一の主体と考え、国家意思がそれら規範の排他的な淵源であり、理性や正義といった高次の存在を法から排除する考え方という意思主義の説明である。Ch. de Visscher (trans. by P. E. Corbett), *Theory and Reality in Public International Law*, rev. ed. (Princeton: Princeton University Press, 1968), p.21.

(16) 言うまでもなく、これは国家の主権的自由について述べた次の一節である。「国際法は独立国家間の関係を規律する。それ故に国家を拘束する法規則は、条約において表明される。又は法原則を表すものとして一般的に受け入れられ、且つ共通目的の実現を目指してこれらの共存する独立共同体の間の関係を規律するために確立された慣行において表明される国家の自由な意思(free will/volonté)から生じる。したがって国家の独立への制限は推定されるはならぬ。」*The Case of the S.S. "Lotus"*, France v. Turkey, 7 September 1927, *PCIJ, Ser. A, No.10*, 1927, p.18.

(17) ここに「consent」を「同意」と訳出したのは、この項目で説明されている内容が、国際法規則に拘束されることに對する国家意思の表明(consent)に国際法の拘束力の根拠が基礎づけられるということであり、結局は同辞典で別項目として説明されて

いる意思主義の問題に帰着すると理解されるからである。このことは同辞典において「同意理論 (consent theory)」が「ローチュス号」事件判決における一節——「国家を拘束する法規則が条約又は慣行において表明される国家の自由意思から生じることを確認するもの——を引用していることから十分に理解されることである。

(18) J. Salmon, "Volontarisme", in *idem* (ed), *Dictionnaire de droit international public* (Bruxelles: Bruylant, 2001), p.1140.

(19) *Idem*, "Consensualisme", in *ibid.*, p.239.

(20) ドイツ国際法学における「合意理論」が従来の学説史研究において「意思主義」として「十把一絡げに扱われてきた」という指摘については、例えば次の文献を見よ。西平等「利己的意の合致か？公共的決定か？——合意の質に関する国際法学説史」『論及ジュリスト』第三〇号(二〇一九年七月一四頁。西は意思主義を「実証主義」や「絶対主権理論」と同視する従来の先行研究を批判し、「意思 (Willie)」と「恣意 (Willkür)」との異同及びドイツ公法学における実証主義理解に着目すること、当時のドイツ語圏における意思ドグマ批判という視覚から新たな見取り図を提示してきた。西平等「ヴァッテルの国際法秩序構想における意思概念の意義」『社会科学研究』(東京大学第五三卷(二〇〇二年)一七五頁、註一三・同「ドイツ反実証主義者の知的伝統——祖川武夫国際法学の歴史的位置に関する試論——」『関西大学法学論集』第五五卷(二〇〇五年)六一―六五頁・同「実証主義者ラウターバクト——国際法学説における実証主義の意義の適切な理解のために」坂元茂樹(編)『国際立法の最前線——藤田久一先生古稀記念』(有信堂、二〇〇九年)七一―九七頁。

(21) このように意思主義と合意主義とを観念的に区別する必要性を説くものとして、例えば次の文献を見よ。明石欽司「一八世紀中葉の『国際法』学説における『国際法』・『条約』・『国家意思』——一九世紀実証主義国際法学研究序説」慶應義塾大学法学部(編)『慶應の法律学・公法Ⅱ』(慶應義塾大学出版会、二〇〇八年)三四六―三四七頁・大沼保昭『国際法——はじめて学ぶ人のための』(東信堂、二〇〇五年)二七頁、註二八。大沼は「国の意思も意思であり、『意思主義』では、歴史的にも現在も問題となる一国の意思に基づく法の一方的強制と現代国際法の基本原則たる合意主義とのちがいを十分明確にすることができず、『意思主義』は論者によりこれまでさまざまな意味に使われており、理論的な混乱を引きずる可能性が強い」という点を指摘して、「合意主義」のみに言及している(同前、註二九)。なお、次の指摘も参照。西平等「法と力——戦間期国際秩序思想の系譜」(名古屋大学出版会、二〇一八年)八一頁、註二二五・R. Lesaffer (trans. by J. Arriens), *European Legal History: A Cultural and Political Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p.437.

(22) なお、このような区別の必要性については筏津安恕による近代契約理論の研究からも着想を得た。筏津は、近代の契約理論の特徴とされる「意思理論 (Willensdogma, Will Theory of Contract)」——契約の締結・成立から効果に至るまでを契約当事者の意思に基づいて説明する理論体系——を内部的に区別するための基準として、次のような形で「個人主義的契約理論」と

「合意論的契約理論」(「合意理論」)を提示している。「契約の最も単純なモデルは、二人の契約当事者の意思A・Bと合意Cという三項関係からなる。合意の法的性格を基準として「意思理論」を下位区分するということは、合意Cと当事者の意思AとBの関係把握の相違を認識することによって達成される。原理的にいえば、一方で、当事者の意思AとBが明らかとなれば、合意Cは必然的に特定されうるとするパターンが想定されるが、他方で、当事者の意思AとBが明らかにならなくとも、合意Cは特定されうるとするパターンも想定しうる。前者は、徹底的に契約当事者の意思に定位した合意を考えており、契約理論としては「個人主義的契約理論」と特徴づけることができる。後者は、合意Cが当事者の意思A・Bから形成されるにもかかわらず、合意Cに当事者の意思A・Bには還元しえない独自の存在性格を認めることになる。合意の独立的性格を中心に考える契約理論という意味では、「合意論的契約理論」あるいは単に「合意理論」と呼ぶことができる。」(篠津安恕「失われた契約理論——ブーフエンドルフ・ルソー・ヘーゲル・ボワソナード——」(昭和堂、一九九八年)一三六頁。彼は、契約理論が合意理論に属するか否かを識別するための基準の一つとして「拘束力の根拠づけの仕方」(同前、一五一頁)を挙げており、本稿はこの視点を以って意思主義と合意主義との観念的な区別を導入しようとするものである。尤も、このような篠津の議論が実証主義国際法学の確立過程の学説史を描く上で有用であるか否かという点は別途検討を要するものであり、この点については第二部第三章以降で明らかにすることとしたい。

(23) 意思主義と合意主義とが必ずしも明確に峻別されてこなかった理由を考えるにあたって、例えば次のようなヴェイユ(Weil)の理解は示唆的である。ヴェイユは、国際法が国家を拘束する理由について二つの学派が存在するとして、体系に内在する要素——国家意思又は合意——に国際法の拘束的性質を基礎づける「意思主義又は合意主義」と、体系に外在する要素——(宗教的・理性的)自然法又は道徳的価値——に基礎づける「客観主義」を挙げる。P. Weil: *Le droit international en quête de son identité*, *Recueil des cours*, t.237 (1992-VII), pp.67-68, n°3でこう意思主義と合意主義は客観主義に對置されるものとして「主観主義」と称されることもあるが、ヴェイユはこのように主観主義の二類型を提示するものの、意思主義と合意主義とを一組のものとして構想しているため、国際法の拘束的性質を国家意思のみに基礎づけるのか、又は、意思と意思との合致としての国家間の合意に基礎づけるのかという両者の異同について検討していない。このようなヴェイユの理解は、意思主義の代表論者としてアンツイロッティに言及した上で、彼が *pacta sunt servanda* という根本規範を措定していたことに對する批判(換言するならば、意思主義の代表理論が *pacta sunt servanda* のようなそれ自体は証明不可能な仮説に依拠しているという理解)、また、その他の意思主義理論において、実際の同意がないにも拘わらず、国家の一般の同意(*un consentement general*)に国際法の拘束力が基礎づけられていることに對する批判等に表れている。また、このような意思主義の理解に基づいて、意思主義における *pacta sunt servanda* のような仮説が客観主義における自然法又は道徳等と同様に外在的な要素である

点に相違はないという結論をウェイユは導いている。²⁴ *Ibid.*, pp.68-71. See also, O. Corten, *Methodologie du droit international public* (Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2009), pp.46-57; A. Pellet, "Le droit international à la lumière de la pratique: l'introuvable théorie de la réalité", *Recueil des cours*, t.414 (2021), pp.150-160.

- (24) 勿論ドイツ語圏以外の文脈に着目する研究はあるが、そこで行われている類型化は論者間の異同や継受関係を明らかにするものでもなく、また本稿が主たる検討対象とするオッペンハイムの議論も十分に位置づけられてはいない。この種の先行研究については、第一部第一章における検討を見よ。

- (25) 前掲註(20)において確認されたように、同時代のドイツ語圏の国際法論を検討する西は、意思主義の再構成のための補助線として当時のドイツにおける法実証主義観念に着目しているが、「(他の法分野における法実証主義)」についての言及もあるものの、²⁶で同時代の理解の典型例として挙げられているのはゲルバー(C. F. von Gerber)やラーバント(P. Laband)とった公法学者による議論(ドイツ(公)法学実証主義)である。しかしながら、既に多くの先行研究が明らかにしてきたように、同時代のドイツ語圏の議論における「法実証主義」もまた多様なものとして構想されていたという点には注意を要する。このような多様性については差し当たり次の文献を見よ。S. Kirste, "The German Tradition of Legal Positivism", in T. Spaak/P. Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), pp.105-132; W. Otto, *Der Rechtspositivismus: kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, 2. Aufl. (Berlin: Duncker & Humblot, 1992), S.32-89.

- (26) 本稿における「Vereinbarung」の訳出については、第二部第三章を見よ。

- (27) この種の研究で示されるオッペンハイムの位置づけとそれに対する評価については第一部第一章及び第二章を見よ。

- (28) この点を最も意識的且つ明確に描くつづるのはコスケニエミ(M. Koskeniemi)の研究である。M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Reissue with New Epilogue* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) [hereinafter referred to as *From Apology to Utopia*], pp.122-157, 303-333, 414-417, et 474-512. コスケニエミ等による批判法学の功績を挙げるのであれば、それは主流の国際法学者に対して自省的考察の機会を提供し、その結果として現代国際法学において周辺化されていた「理論」の復権に貢献したという点であろう。しかしながら、例えば酒井が鋭く指摘するように、「理論」にそれぞれ基づく意見の間の調整を行う手立てを自らは原理的に持ち得ないというところに、批判法学自体の方法論上の限界があるという点は忘れてはならない。酒井啓巨「批判法学の国際法ディスクール——現代国際法の『近代性』への挑戦とその意義」『世界法年報』第二号(二〇〇二年)一二四頁。

尤も、ここで留意しておきたいのは批判法学者による「歴史の道具化」という問題である。例えばコスケニエミは「アポロ

ジー」と「ユートピア」という国際法論における二項対立を図式的に示すために、近代国際法学完成期の主要な学説に頻繁に言及している。本稿に関連する限りでも、例えば法源、慣習、世界秩序構想についての国際法論を概観する中で、個別国家の自由(自律)を重視するものと国家間共同体の秩序や正義を重視するものとの間で不断の論争が繰り広げられてきたことが指摘されている。ここでのコスケニエミの主眼は各論者における国際法を援用する際の議論様式の暴露にあるが、その目的のために各論者の見解が必ずしも正確に抽出されていないという問題点が散見されるのである。その最たる例がオッペンハイムの共通の同意理論であり、一九世紀末の国際法学説における「主観的国際法の客観化過程」における様々な営為がコスケニエミの描いた国際法学の軌跡からは捨象されてしまっている。そしてこの点は、国際法史研究へと彼が踏み込むことによってより先鋭化される。即ち、コスケニエミが一連の歴史研究において自身の方法論的態度として明らかにするように、彼の信奉する歴史研究とは過去の事実をありのままに描くものではない。何故ならば、描写しようとする過去の出来事を選択しそれ自体に観察者の主観が発現しており、それ故に歴史叙述はすべて「政治的なもの」となってしまうからである。M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001) [hereinafter referred to as *The Gentle Civilizer*], p.10. *Idem*, "The Politics of International Law - 20 Years Later", *European Journal of International Law*, vol.20 (2009), p.18. *Idem*, "Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol.27 (2013), pp.230-232.

さらに憂慮されるべきは、このような「歴史の道具化」が国際法史研究の主要な型であるという誤解が拡大することである。勿論、近年再評価されつつある反実仮想の歴史(E.g. I. Venzke/K. J. Heller (eds), *Contingency in International Law: On the Possibility of Different Legal Histories* (Oxford: Oxford University Press, 2021))のように、歴史研究においても多様な方法論があることは首肯されるものの、例えばレサファー(R. Lesaffer)が指摘する通り、歴史研究者が常に自覚的に取り組んできたように、まずは史実を正確に描写するように努めることから始めなければならない。というのも、このような取り組みなしでは、結局のところ反実仮想として提示されるものの持つ意味を減じてしまうからである。R. Lesaffer, "International Law and Its History: The Story of an Unequipped Love", in M. Craven et al. (eds), *Time, History and International Law* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), p.37. なお、同旨の指摘として次の文献も見よ。明石欽司「ウェストファリア条約——その実像と神話」(慶應義塾大学出版会、二〇〇九年)一五—一八頁・柳原正治『ヴォルフの国際法理論』(有斐閣、一九九八年)四—五頁。

以上のように様々な目的によってなされる研究における歴史の描写が過去のありのままの姿に肉薄しようと試みるものであるのかという点を検証することにも国際法史研究の意義があり、本稿はそのような実践の一例でもある。

(29) 本稿における「間主観性(intersubjectivity)」の意味については、第二部第三章以降を見よ。

(30) 但し、「裸の合意から訴権は生じなご(ex nudo pacto actio non oritur)」という原則に表されるように、ローマ法においては合意(pactum)の形式性が重視されていたため、*pacta sunt servanda*という一般原則は存在しなかった。裸の合意の拘束力を否認するローマ法上の観念は、中世末期から近世初期にかけてカノン法学の下で次第にその支配的地位を失い、やがて合意一般の拘束力を承認する原則としての *pacta sunt servanda* が近代国際法学の中に取り込まれるようになったのである。このような経緯については、例えば次の文献を見よ。大沼保昭「合意」同編「戦争と平和の法」(補正版)。(東信堂、一九九五年)二七七一—三四八頁・広中俊雄『契約とその法的保護』(創文社、一九七四年)一五八—一三七頁・J. Barmann, "*Pacta sunt servanda*, considerations sur l'histoire du contrat consensuel", *Revue internationale de droit comparé*, t.13 (1961), pp.18-53; R. Hyland, "*Pacta sunt servanda*: A Meditation", *Virginia Journal of International Law*, vol.34 (1994), pp.405-433; R. Lesaffer, "Medieval Canon Law and Early Modern Treaty Law", *Journal of the History of International Law*, vol.2 (2000), pp.178-198.

(31) 国家間合意が国際法の法源論の基底となつてゐる旨を指摘するものとして次の文献を見よ。D. Georgiev, "Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law", *European Journal of International Law*, vol.4 (1993), p.8. 但し、よく知られているように、慣習国際法を黙示の合意と捉える理解に対しては異論があり、かかる見解を支持する者は現代の国際法学においては少数である。また、例えば松井のように「国の意思の被規定性」に着目することで慣習国際法の意思主義的理解の再構成を試みる研究もあるが、そこで前提とされる「国際法にかかわる国の意思の被規定性」——「相互に規定された意思であり、また、社会的に規定された意思でもある」——が実証主義国際法学の系譜の中でどのように位置づけられ得るのかという点は必ずしも明らかではない。松井芳郎「慣習国際法論は社会進歩のプロジェクトに貢献できるか——意思主義の再構成を目指して——」同ほか(編)『二一世紀の国際法と海洋法の課題』(東信堂、二〇一六年)三七—四一頁。

これに対して、慣習国際法の成立には一般慣行及び法的信念(*opinio juris*)が必要であるという「二要素理論」をICJが採用して以来、かかるアプローチが通説的な理解となっており、このことは例えば国連国際法委員会(以下、「UNCJ」とする。)による「慣習国際法の同定」の結論においても明示されてゐる。"Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries", in *Report of the International Law Commission to the General Assembly* (UN Doc. A/73/10, pp.122-123. しかしながら、二要素理論は慣習国際法の国際裁判所による認定の側面に焦点を当てたものであつて、慣習国際法の性質理解についての議論は現代国際法学において等閑視されてきたといえる。但し、松井前掲論文に加えて、例えば次に掲げるもののように、慣習国際法の本質論と密接に関連し得るその「形成」についての論考が近年相次いで公開されていることは注目に値する。山田卓平「慣習国際法の形成論——ICJの作業についての国家意見を素材として——」浅田正彦ほか(編)

- 『現代国際法の潮流Ⅰ——総論、法源・条約、機構・経済、海洋、南極・宇宙』（東信堂、二〇二〇年）二二五—二八一頁；K. Daugirdas, "International Organizations and the Creation of Customary International Law", *European Journal of International Law*, vol.31 (2020), pp.201-233; M. Hakimi, "Making Sense of Customary International Law", *Michigan Law Review*, vol.118 (2020), pp.1487-1538. なお、慣習国際法を黙示の合意と捉える理解に対する主要な批判については、例えば次の文献を見よ。R. Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", *Netherlands International Law Review*, vol.50 (2003), pp.119-150; A. Orakhelashvili, "Natural Law and Customary Law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd.68 (2008), S.93-101.
- (32) 経塚作太郎「条約法秩序の基本的原則——条約法に関するウィーン条約を中心として」『法學新報』（中央大学 第九八巻一・二号（一九九二年）七五—一〇九頁；藤田久一「主権的自由の圧縮——国家は絶対か」岩村正彦ほか（編）『岩波講座現代の法——国際社会と法』（岩波書店、一九九七年）四—一頁。条約法条約の起草を担ったILCもまた、最終草案の註釈において「合意は拘束する——条約は当事国を拘束し誠実に履行されなければならない——という規則は条約法の根本的規則である」と認めつつも、"Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries" [hereinafter referred to as "Draft Articles on the Law of Treaties"], *Yearbook of the International Law Commission 1966*, vol.II, p.211, para.1.
- (33) 酒井啓亘ほか『国際法』（有斐閣、二〇一一年）一一三頁（濱本正太郎執筆部分）；M. Lachs, "*Pacta Sunt Serranda*", in R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, vol.7 (Amsterdam: Elsevier Science, 1984), pp.369-370. なお、条約法条約第二六条の逐条解説の「つによれば、*pacta sunt servanda* 原則の「例外」として、強行規範、同意の瑕疵、他当事国による義務の不履行、履行不能、事情変更原則がILCの審議の中言及され、とりわけ事情変更原則については激しい論争があつたと説明されている」J. Salmon, "Art.26, *Pacta sunt servanda*", in O. Corten/P. Klein (eds), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités*, t.2 (Bruxelles: Bruylant, 2006), pp.1111-1112. See also, O. Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice* (New York: Cambridge University Press, 2004), p.72.
- (34) 石本泰雄『国際法研究余瀆』（東信堂、二〇〇五年）八四—八五頁；田畑茂二郎「現代国際法の諸問題七——国際法におけるユス・コージェンス」『法学セミナー』第一九〇号（一九七二年）六九—七三頁；藤田・前掲註(32)四三—四四頁。
- (35) A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford/New York: Oxford University Press 2006), pp.32-35; G. Schwarzenberger, "International *Jus Cogens*", *Texas Law Review*, vol.43 (1965), pp.455-478.
- (36) "First Report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4.693), paras.42-43.
- (37) 石本・前掲註(34)八五頁；田畑茂二郎「現代国際法の諸問題九——国際法における事情変更の原則」『法学セミナー』

第九二号（一九七二年）六一一六五頁；C. Binder, *Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht am Beispiel der nachträglichen Änderung der Umstände* (Heidelberg: Springer, 2013), S.113-182; V. Pergantis, *The Paradigm of State Consent in the Law of Treaties: Challenges and Perspectives* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017), pp.17-21. See also, ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, para.114; European Court of Justice, *A. Rathe GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz*, Judgment of the Court of 16 June 1998, Case No. C-162/96, para.49.

- (38) 酒井ほか・前掲註(33)一三三頁〔瀧本正太郎執筆部分〕。実際に、同原則を条約における黙示条項と捉える理解がかつては支配的であった。この点については差し当たり次の文献を参照せよ。北村朋史「国際法における事情変更原則の法的根拠」『国際関係論研究』（東京大学）第二十七号（二〇〇八年）四三―四四頁、註三三；坂元茂樹「条約法条約における『事情変更の原則』（一）」『琉大法学』第三〇号（一九八二年）九六―九九頁；G. Haraszti, "Treaties and the Fundamental Change of Circumstances", *Recueil des cours*, t.146 (1975), pp.1-94; W. H. von Heinegg, "Treaties, Fundamental Change of Circumstances", in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol.IX (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp.1114-1124; O. J. Lissitzyn, "Treaties and Changed Circumstances (*rebus sic stantibus*)", *American Journal of International Law*, vol.61 (1967), pp.895-922.

- (39) サルモンによれば、条約法条約の起草時にILCにおいて「例外」と認識されていた事情変更原則や強行規範については、現在では *pacta sunt servanda* 原則と不可分の一体をなしており、同原則の射程又は適用の様式として考えられているという。Salmon, *supra* note (33), p.1112.

- (40) 藤田・前掲註(32)三九―四一頁；藤田久一（編）『現代国際法入門（改訂版）』（法律文化社、一九九六年）三三―三五頁（坂元茂樹執筆部分）。また、例えばマクネア卿(Sir A. McNair)も「同意を与えない限り、如何なる国も条約規定に拘束されることはない」という根本原則が存在し、同原則は如何なる種類の条約にも平等に適用される」のであり、*pacta sunt servanda* 原則は「国際法の基本的且つ普遍的に合意された原則である」と論じている。その上で、個人から構成される社会であろうと、国家から構成される社会であろうと、社会における法が契約の自由に対して限界を設けていないと考えることは不可能であるとして *pacta sunt servanda* 原則に対する制約も同時に示したのである⁴¹。A. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1961), pp.162 et 493.

- (41) ここで「前提」というのは、ある命題の内容のさらなる基礎づけを必要とすることなしに当該命題の妥当性が承認され、共有されている状態を意味している。この意味において、かかる前提は「公理(axiom)」とも呼称され得るものであり、このことは(第一部以降で確認されるように)実際に合意主義が「公理」として提示されてきたことから理解される。なお、このよ

- うな「公理」を国際法における「信念体系 (belief system)」として示し、その判断中止 (エポケー) を説くものとして次の文献を参照せよ。J. d'Aspremont, *International Law as a Belief System* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), pp.22-33 et 43-45, また「ダスプルモン」(J. d'Aspremont) の提示する議論を紹介しつつ、「国際立法」について応用する次の論考も参照。根岸陽太「慣習国際法と強行規範に関する国際法委員会「結論」——「国際立法」の公理 (Axiom) と定理 (Theorem)」寺谷広司(編)『国際法の現在——変転する現代世界で法の可能性を問直す』(日本評論社、二〇二〇年)六三—七六頁。
- (42) 形成方法の多様化だけでなく、国際法形成における非国家主体 (NGOs) の役割が増加するに伴い、「国際社会における合意は国家によって形成される」という命題の現代における妥当性もが争われるようになってきている。この点については、例えば次の文献を参照せよ。山本良「国際社会のグローバル化と国際法形成過程の現代的側面に関する一考察——非国家的行為主体による「基準設定」の検討を中心として」『国際法研究』(東京大学・第五号(二〇一七年)七一—九七頁)。
- (43) See e.g., B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des cours*, t.250 (1994), pp.217-384; *Idem*/A. Paulus, "The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization", *European Journal of International Law*, vol.9 (1998), pp.266-277.
- (44) See e.g., C. Tomuschat, "Obligations Arising for States without or against Their Will", *Recueil des cours*, t.241 (1993), pp.195-374.
- (45) See e.g., L. R. Helfer, "Nonconsensual International Lawmaking", *University of Illinois Law Review*, vol.2008 (2008), pp.71-126; M. Fitzmaurice, "Modifications to the Principles of Consent in Relation to Certain Treaty Obligations", *Austrian Review of International and European Law*, vol.2 (1997), pp.275-317; A. T. Guzman, "Against Consent", *Virginia Journal of International Law*, vol.52 (2012), pp.747-790; N. Krisch, "The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods", *American Journal of International Law*, vol.108 (2014), pp.1-40.
- (46) このような研究の概要については次の文献を見よ。拙稿「国際法の形成における国家の同意の役割——国家の同意は衰退したのか?」『社会科学研究』(東京大学・第六八巻二号(二〇一七年)五一—八五頁)。
- (47) See e.g., J. Pauwelyn et al. (eds), *Informal International Lawmaking* (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- (48) See e.g., T. A. Aleinikoff, "Thinking Outside the Sovereignty Box: Transnational Law and the U.S. Constitution", *Texas Law Review*, vol.82 (2003-2004), p.1992; A. Peters, "Global Constitutionalism Revisited", *International Legal Theory*, vol.11 (2005), p.51.
- (49) See e.g., T. Meyer, "From Contract to Legislation: The Logic of Modern International Lawmaking", *Chicago Journal of*

International Law, vol.14 (2014), pp.579-580; J. Pauwelyn et al., "When Structure Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking", *European Journal of International Law*, vol.25 (2014), pp.733-763.

- (50) 例えばグッドリッチ(L. M. Goodrich)らは、第一〇八条を受け入れることは、五大国以外のすべての加盟国が憲章の改正権限を白紙委任することを意味すると述べている。L. M. Goodrich et al., *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 3rd and rev. ed. (New York: Columbia University Press, 1969), pp.639-640.

- (51) 例えば篠原は次のように説明する。「このような手続の採用が可能であるのは設立条約の改正が第二次的な法生産行為であることに基いており、一次レベルの合意である設立条約中の改正条項において加盟国の同意は既に固定的に制度化されている。そして一次レベルにおける主権国家の同意が、改正という二次レベルの法生産行為においてはもはや更なる同意を必要とすることなく、主権国家を拘束するような国際法規範の定立を可能としているのである。」篠原祥「国際連合及び専門機関の設立条約の改正手続」『二橋研究』第五卷（一九八〇年）一二二頁。

同様の議論として、「オンン層を破壊する物質に関するモントリオール議定書」第二条九項に対する同意が多数決による拘束力ある決定を可能とする調整手続(adjustment)に対する「一般的同意」又は「継続中の統治システムに対する同意」を示しつつと説明される(1)266頁。D. Bodansky, "The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenges for International Environmental Law?", *American Journal of International Law*, vol.93 (1999), p.609. Cf. J. Brunnee, "Procedure and Substance in International Environmental Law", *Recueil des cours*, t.405 (2020), p.210, fn.649, なおこのような派生条約規則と国家の同意との関係を理論的に検討するものとして、例えば次の文献も参照せよ。A. Shibata, "International Environmental Lawmaking in the First Decade of the Twenty-First Century: The Form and Process", *Japanese Yearbook of International Law*, vol.54 (2011), pp.45-46.

- (52) See e.g., Tomuschat, *supra* note (44), p.327.

- (53) 山本良「国際法実現過程におけるソフト・ローの機能」『国際法外交雑誌』第一二二卷（二〇一三年）六一九頁。

- (54) G. Palmer, "New Ways to Make International Environmental Law", *American Journal of International Law*, vol.86 (1992), p.273. See also, J. Brunnee, "Reviewing the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements", in R. Wolfrum/V. Roben (eds), *Developments of International Law in Treaty Making* (Heidelberg: Springer, 2005), p.115; P. Sand, "Institution-Building to Assist Compliance with International Environmental Law: Perspectives", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd.56 (1996), S.790-791.

- (55) 多数国間条約と二国間条約における国際義務の内容や作用の違いを際立たせることを通じて、条約における主権的合意の拘

東性の変質を論じる河西(奥脇)も、近代国際法が妥当した国際秩序を基本的に二国間関係の束として捉え、この二国間の具体的な法的諸関係の中で国際法が生成し、発展してきたという理解に即して、「主権国家の合意を国際法の拘束力の基盤としてきた厳格な合意主義」という認識を示している。河西(奥脇)直也「国連法体系における国際立法の存在基盤——歴史的背景と問題の所在」大沼保昭(編)『国際法、国際連合と日本』(弘文堂、一九八七年)八六―八七頁。同「国連法体系における三Cの役割の変容と国際立法」村瀬信也／鶴岡公二(編)『変革期の国際法委員会』(信山社、二〇一一年)九三頁。また、国家間合意の性質における変化を「規則に対する同意(consent to a rule)」から「過程に対する同意(consent to a process)」として論じるヘイ(E. Hey)も「伝統的な合意を国家主権の絶対性に基礎づけ理解しつつも」E. Hey, *Teaching International Law: State-Consent as Consent to a Process of Normative Development and Ensuing Problems* (The Hague: Kluwer Law International, 2003), pp.11-15. See also, A. A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment", *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, t.59 (1981), pp.201-240. Cf. M. Craven, "The Ends of Consent", in M. Bowman/D. Kriticos (eds), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), pp.103-135. S. C. Neff, "Consent", in J. d'Aspremont/S. Singh (eds), *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019), pp.127-140. など種々の議論を「藁人形(straw-man)」論法と断つべきだと見なす。J. d'Aspremont / J. Kammerhofer, "Introduction", in J. Kammerhofer/J. d'Aspremont (eds), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), p.5.

- (56) この点を日本の国際法(思想)史研究の伝統に着目して指摘するものとして、次の文献を見よ。西・前掲註(21)一頁、註一。
- (57) 田畑茂二郎「国家主権と国際法」(日本評論社、一九五〇年)二四―三三、五〇―五三頁。同「近代国際法思想の成立」尾高朝雄ほか(編)『法哲学講座 第三巻——法思想の歴史的展開Ⅱ』(有斐閣、一九五六年)一六四―一六八頁。田畑による「断絶性」と「連続性」の両面に着目するものとして、次の研究を参照せよ。西平等「L. デュギー法理論の国際法学説史上の位置づけ」『本郷法政紀要』(東京大学 第六号 一九九七年)一六五―一六七頁。但し、後の田畑の概説書における国際法史の記述においては、ヴァattelが近代国際法思想の成立に与えた影響が強調されるのみで、一九世紀の実証主義学説に対する評価は提示されていない。

- (58) A. Orkheleshvili, "The Origins of Consensual Positivism: Putendorf, Wolff and Vattel", in *idem* (ed), *Research Handbook on the Theory and History of International Law* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011), pp.93-110. オラヘルシビリ(A. Orkheleshvili)はヴァattelのみならず「プーフエンドルフ(S. Putendorf)やヴォルフ(Ch. Wolff)にもその起源を求めよう

とするが、例えばヴァッテルが做ったヴォルフの国際法理論において協定国際法と慣習国際法が歴史・事実の問題であつて法の問題ではないと構想されていたことに鑑みると、このような検討は表層的なものであると評価せざるを得ない。ヴォルフとヴァッテルの国際法の構想については、その異同に関する議論も含めて、次の文献に詳しい。柳原・前掲註(28)二二五―二六三頁。

(59) 同前、二五六―二五七頁。

(60) 例えば次の文献を見よ。同前、四頁：A. Carty, "Doctrine versus State Practice", in B. Fassbender/A. Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp.972-996. See also, A. Carty, "International Law as a Science (The Place of Doctrine in the History of Its Sources)", *Indian Yearbook of International Affairs*, vol.18, part II (1980), pp.128-160. *Idem*, "The Practice of International Law", in D. Armstrong (ed.), *Routledge Handbook of International Law* (London: Routledge, 2009), pp.81-100.

(61) L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol.1: Peace (London/New York/Bombay: Longmans, Green and Co, 1905) [hereinafter referred to as *International Law*, 1st ed., vol.1]; *Idem*, *International Law: A Treatise*, vol.2: War & Neutrality (London/New York/Bombay: Longmans, Green and Co, 1906) [hereinafter referred to as *International Law*, 1st ed., vol.2].

第一部 予備的考察——先行研究の到達点とその課題

はじめに

本稿の主たる検討対象となる、実証主義国際法学が確立したと評価される一九世紀末という時代は、それ以前は他の法分野と併せて講じられてきた国際法学が独立した一つの学問分野として確立されるようになった時期であり、「科学」としての国際法学の確立が目指された時代でもあった。⁽⁶²⁾このような実証主義という方法に依拠した学問としての国際法学の誕生は、とりわけドイツ語圏における主意主義的実証主義（意思主義）の影響を強く受ける形で成立し、その中で国際法の客観的拘束力——換言するならば、国家間における法秩序の存在——を基礎づける

ための一つの理論として登場したのが、合意主義という考え方であった。そして、このような合意主義理論は、序論で確認されたように現代国際法学において「公理」としての地位を獲得していると考えられるのである。

しかしながら、同様に序論において簡潔に言及されたように、国際法学において合意主義がどのようにして成立し、また「公理」として認識されるに至ったかという点については、十分に解明されていないのが現状である。このような現状に鑑み、本論に入る前の予備的考察として、第一部では、現代国際法学における「公理」としての合意主義について、その「公理」化の過程を素描し、現代において実証主義国際法学の確立過程の学説史がどのように描かれているかを確認することで、先行研究の到達点と課題を明らかにする(第一章)。次に、本稿がこの過程において中心的役割を果たした理論家として着目するオッペンハイムについて、その国際法論の検討の前提的考察として、オッペンハイムの生涯及び業績^③を概観し、先行研究におけるオッペンハイムの従来の評価を確認する(第二章)。さらには本稿が導入する共時的視点の射程を明らかにするためにも、本稿の検討対象となる実証主義国際法学の確立期における国際法研究の状況を素描することとしたい(第三章)。

第一章 「公理」としての合意主義——「公理」化過程の素描

第一節 条約法の法典化の試み

(一) 条約法条約起草以前

序論において確認されたように、国際法、就中条約の拘束力を国家の合意に基礎づける合意主義は、ILCによって起草され、一九六九年に採択された条約法条約——とりわけ条約の拘束的性質と条約の誠実 (good faith) 遵守義務とを併せて規定した第二六条^④——において明示されている。尤も、実定国際法規則として条約の拘束力の基礎が国家間の合意に基礎づけられることを規定したのは条約法条約が初めてではなく、それに先行する様々な法

典化の試みの中にも見出すことができるものである。本稿が検討対象とする時期は、まさに国際社会における法典化が進められた時期とも重なっており、そのため本節ではまず、条約法条約の起草に至るまでの様々な法典化の試みを素材として、それらにおける合意主義の現れを検討することとしたい。

近代国際法学完成期における法典化の特徴の一つとして、一八九九年及び一九〇七年の二度のハーグ平和会議に代表されるような国家間の外交会議における条約の作成・採択に加えて、個人や私的団体による法典化の促進が挙げられる。このような「私的な法典化」としてよく知られているのは、例えばブルンチュリ (J. C. Bluntschli) やフィオレ (P. Fiore) による構想であり、また一八七三年九月に組織された万国国際法学会 (Institut de Droit International) や同一〇月に結成された国際法の改革及び法典化のための協会（一八九五年に「国際法協会 (International Law Association)」に改称）といった学術団体による組織的な研究成果である⁽⁶⁶⁾。

まず、個人による法典構想を見てみると、条約の形式や締結手続に関する規則は、既に一八六〇年代において確認することができる。これらの中には、条約の拘束力についての明示的な構想がみられないものや、ブルンチュリのように、条約の法的拘束力を「人類の法意識 (Rechtsbewusstsein der Menschheit)」に基礎づけ、国家意思へこれを基礎づける見解を明示的に否定するものも含まれていた⁽⁶⁸⁾。これに対して、私的な法典構想の中で条約の拘束力を国家の同意に基礎づける明示的な規定を設けているのは、管見の限りフィオレが初めてである。フィオレは、国家は同意の合致によって自発的に義務を引受けることができ、そのようにして生じる国家間のすべての実定的な義務の基礎が国家の同意にある、と述べている⁽⁶⁹⁾。同様に、一九一〇年に上梓された国際法典案においても、条約が諸国の意思の合致であり、良心に基づいて履行されねばならず、他当事国の同意がない限り一方的に条約義務から解放されたり、条約内容を修正したりすることはできない旨の規定が確認される⁽⁷⁰⁾。つまり、これらの法典化構想においては、同意原則が採用されることによって、条約が拘束力を有するためには一国の（同意によって示される）意

思のみではなく、他国の（同意によって示される）意思との合致（合意）が必要である旨が明らかにされており、この意味において合意主義が表明されていると解されるのである。

以上のような個人による国際法典草案に加えて、この時代の法典化構想として挙げられるのは学術団体等による組織的な研究成果に基づくものである。その中でも、米州国際法学会（American Institute of International Law）⁽¹⁷⁾ によって一九一六年一月に採択された「国家の権利義務に関する宣言」⁽¹⁸⁾ を皮切りとして、国家の基本的権利義務に関する法典化が多くの学術団体において議論され、その一部として条約の拘束力の淵源や条約遵守義務が構想されたことを確認することができる。例えば万国国際法学会は、一九一九年にドウ・ラブラデル（A. de Lapradelle）を報告者として指名し、米州国際法学会による宣言の検討を基礎とした国家の権利義務に関する宣言の起草を命じ、その結果一九二一年のローマ会期に七つの条文から構成される宣言草案が提出された。その第五条二項において、条約遵守義務は国家の自由な同意に基づくという原則（同意原則）が明らかにされていたが、同草案については同会期及び一九二五年のハーグ会期で集中的に議論されたものの、結局のところ宣言として採択されることはなかった。⁽¹⁹⁾ このような状況の中で、アルバレス（A. Alvarez）が用意した国際法上の大原則に関する私案が国際法協会のフランス支部をはじめとした多くの欧米の学術団体に一九三一年以降提出され、それらにおける議論を通して、最終的には国際法協会が一九三六年（第三九会期）にパリにおいて「現代国際法の基本的与件及び大原則に関する宣言」を採択した。同宣言はその第二五条において、国家が「国際法及び署名した条約規則を厳格に遵守する義務を負う」旨を、さらには、他当事国の同意なしに条約上の約束から解放され、又は条約規定を修正することができない旨をそれぞれ規定している。⁽²⁰⁾ 結局は採択されなかった万国国際法学会の宣言草案と同様に、ここにおいても同意原則が採用されていたことが確認されるのである。

さらに、同時期になされた条約法に関する法典化の試みとして、米国ハーヴァード大学ロー・スクール主導の研

究会⁽⁷⁸⁾によって一九三五年に取り纏められた「条約法条約草案」（以下、「ハーヴァード草案」とする。）が挙げられる。同草案は、その第二〇条において、「国家は条約によって引受けた義務を誠実に履行しなければならない（*pacta sunt servanda*）」と規定している。そして、同草案の註釈は条約の誠実遵守義務に関する学説史の展開、条約の拘束的性質について言及する条約及び判例を紹介した後に、次のように述べている。

学説及び判例において条約が当事国を拘束することについては完全な合意があるにも拘わらず、条約が拘束力を有するのは何故かという法的な又はそれ以外の理由についての様々な説明がなされてきた。⁽⁷⁹⁾

このように述べた後に、同註釈はこの「様々な説明」を次の五つに分類して提示している。即ち、①国家の自己拘束理論、②法的論証が不可能な根本的な公理又は仮定としての *pacta sunt servanda* を提示するもの、③私法における契約と条約との類推の中に *pacta sunt servanda* の基礎を見出すもの、④条約の拘束力を国家に義務づける慣習国際法の存在に基礎づけるもの、そして⑤自然法に *pacta sunt servanda* の基礎を見出すもの、という分類であり、これらの中でも④が「おそらく法学者の大多数が支持する理論である」として紹介されている。⁽⁸⁰⁾

そして、この直後において、「現実⁽⁸¹⁾に機能している規則は国家の意思から独立して国家に対峙している」というラウターパクト（H. Lauterpacht）の言⁽⁸²⁾を引用しながら次のように纏めている。

条約が当事国を拘束する真の理由が何であれ、条約が拘束力を有し、且つ、当事国の意思とは独立して拘束力を有するという普遍的なコンセンサスが存在するのである。⁽⁸²⁾

以上から確認されることは、ハーヴァード草案第二〇条においては同意原則のような条約の拘束力の基礎づけに關する言及はなく、条約を誠実に遵守する義務のみが規定されていたということである。既に確認されたように、ハーヴァード草案以前の法典化構想の幾つかの例においては条約の拘束力が国家の合意に求められ、それ故に他当事国の同意なくして条約規定の修正及び条約上の義務からの解放がなされ得ないと定められていた。このような同意原則の採用に対して、ハーヴァード草案は、その註釈において条約の拘束力の淵源についての関連する議論を簡潔に紹介するにとどまり、条約の拘束性の真の理由を問わずに条約遵守義務を定めているという意味で、条約の拘束的性質それ自体を「公理」として構想していたと評価できるだろう。そしてこのような「公理」としての認識は、ラウターパクトの一九三三年の著作に依拠することで示されていたのであった。

なお、以上のような同意原則及び条約の誠実遵守義務に關する規定は、国家間で締結された条約においても確認されるものであった。まず、最も関連し得るものとして一八七一年一月一七日の「条約の効力に關する宣言」⁽⁸⁵⁾が挙げられる。クリミア戦争の講和条約である一八五六年のパリ条約において規定された黒海の中立化義務を免れようとしたロシアは、かかる義務に同国がもはや拘束されない旨を同条約の当事国に対して通告したが、このようなロシアの一方的行為に対して、他当事国は次のような宣言を採択することで合意した⁽⁸⁶⁾。即ち、諸国は「締約国の同意によるものでなければ、条約上の約束を免れ又はその条項を変更し得ないことが国際法の主要な原則であることを認め」たのであった。このように、条約の効力が国家の一致した同意に基礎づけられるという同意原則を宣明する実定国際法規則は既に一九世紀末には存在した。また、一九二五年一〇月一六日のいわゆる「ロカルノ条約」においても、その前文第四項で「国家の諸權利がその同意によってのみ修正され得ること」に合意する旨が規定されていた⁽⁸⁷⁾。さらに、一九二八年の第六回汎米會議において採択されたハバナ条約は、その第一〇条において「如何なる国も、平和的手段を通じて他当事国との合意による場合を除いて、条約義務から自国を解放し又はその規定を修正

することはできない⁽⁸⁶⁾」と規定している。さらに、このような規定は、ハーヴァード草案第二〇条において示された条約の誠実遵守義務を国家に課すものとして、一九四八年の米州機構（OAS）憲章の第五条(b)及び第一四条⁽⁸⁷⁾においても再度繰り返されたのであった。

（二）条約法条約の起草過程①——フィッツモーリス報告書

以上で確認されたように、遅くとも一九世紀末から実定国際法上の規則として明示されてきた合意主義は条約法条約第二六条に結実することとなる。それでは、同規定は如何なる過程を経て成立したものであろうか。また、同規定が表す「公理」とはどのようなもので、それが如何なる意味で「公理」と理解されるのだろうか。以下では、本規定の起草過程について、主としてILCにおける議論に着目することでこれらの問いを検討する。

周知の通り、ILCは一九四九年の第一会期より条約法の法典化作業に取り組み、英国出身の四名の特別報告者（*Special Rapporteurs*）によって準備された報告書を中心に議論が進められた。ILCにおける作業は一九六六年に条文草案を採択することで終了し、その後一九六八年及び一九六九年にウィーンで開催された条約法条約締結のための全権会合で条約法条約は採択されることとなった⁽⁸⁸⁾。この外交会議で採択された条約法条約第二六条は、一九六六年にILCにおいて採択された草案第二三条と同一の規定振りであった。そして、ILC草案の起草過程を、同規定で示されている「合意は守られなければならない」という原則に着目して遡ってみると、条約法条約の三人目の特別報告者を務めたフィッツモーリスによって一九五六年に提出された第一報告書の中に、次のような規定を確認することができる。

第五条 合意は守られなければならない（*Pacta sunt servanda*）

一 本法典の諸規定に従い、国家は条約によって引受けた義務を誠実に履行しなければならない。〔…後略⁽⁹⁰⁾。〕

同報告書における規定の中で、現在の第二六条に関連するものはこの第五条一項のみであるが、同規定には国家における政府の変更（三項）、領域の変更（四項）、そして事情変更の原則（七項）が掲げられており、これらの広範な原則の総称として「合意は守られなければならない」という見出しが採用されていたため、条約法条約第二六条で規定されているものよりも広範な義務を含むものとして第五条が構想されていたことが理解される。

また、同原則は翌一九五七年にフィッツモーリスによって提出された第二報告書⁽⁹¹⁾においても言及されている。「一般国際法によって排除される終了又は停止の根拠」という見出しの第五条において、条約の終了又は停止を正当化することができない場合があるとして、同報告書は「合意は守られなければならない」という原則による正当化をその一例として挙げ、「合意は守られなければならないという原則は議論の余地のないものである⁽⁹²⁾」という註釈を付している。但し、第二報告書における第五条については、条約のどの部分にこれを位置づけるかということを議論する必要があるとして、第一一会期（一九五九年四月二〇日から六月二六日まで）において第五条に関する実質的な議論はなされず、同会期の開始以前にフィッツモーリスによって既に提出されていた第四報告書の検討時まで第五条に関する議論を延期することが決定された⁽⁹³⁾。

フィッツモーリスが一九五九年三月にH.C.に提出した第四報告書では、第二条（「条約義務を規律する根本的原則」）において「合意は守られなければならない」という原則が一般国際法上の原則として挙げられている（b号）。その上で、「条約の義務的性質…合意は守られなければならない（*pacta sunt servanda*）」という見出しが付された第四条は次のように規定されていた。

- 一 当事国は、拘束力ある約束を含み且つ権利を創設する文書である条約を履行する法的義務を負う。
- 二 条約は誠実に、且つ、その用語の適切な解釈に従って合理的で衡平な効果を与えるように履行されなければならない。⁽⁹⁴⁾

第四条に関するフィッツモーリスの註釈によれば、「合意は守られなければならない」という原則のような第二条に掲げられた原則を詳細に説明するためには「国際法の根本的哲学に関する概説書のようなものが必要となる」⁽⁹⁵⁾が、同報告書の目的に照らせば、そのような詳細な註釈は不要であるという。さらに、第四条については、同原則なしでは「条約はその全体としての目的及び法的文書としての存在意義を失うことが明らかであり、哲学的な議論は必要ない」⁽⁹⁶⁾と述べられている。この註釈から、フィッツモーリスは同原則の妥当性を議論の余地のないものとして認識していたことが理解される。

以上で掲げた条文の規定振りから確認されるように、フィッツモーリスが提示した「合意は守られなければならない」という規定は、例えば前記のハーヴァード草案第二〇条のように当事国に条約の誠実遵守義務を課すのみであって、現在の条約法条約第二六条に見られるような「条約の拘束的性質」に対する言及を欠いている。しかしながら、フィッツモーリスがこの点を看過していたわけではなく、第四報告書における第四条と同様の「条約の義務的性質」という見出しの下で、彼は「同意原則」を定める規定を別個のものとして構想していたことが確認される。この同意原則は、彼が一九五六年にILCに提出した第一報告書において既に次のように規定されていたものであった。

第四条 拘束は同意から生じる (*Ex consensu advenit vinculum*)

- 一 条約上の義務の基礎は、同意が義務を生じさせるという基本的な法原則と結びつけられた同意である。
- 二 義務が存在するためには、同意は真の同意でなければならない。しかしながら、特定の状況において同意は事実から

推測され、国家は自国の同意が外観上正規に与えられたという事実を否定することはできない。⁽⁹⁷⁾

そして、以上のような同意原則は「合意は守られなければならない」という原則と同様に、第四報告書においても維持されている。即ち、同報告書の第二条 a 号において「同意原則」(これには「拘束は同意から生じる (*ex consensu advenit vinculum*)」というラテン語が併記されている)が条約法の根本原則の一つとして掲げられ、この原則に基づく第三条は、「条約の義務的性質・拘束は同意から生じる (*ex consensu advenit vinculum*)」という見出しの下で次のように規定されていた。

一 一条約上の義務の直接的な基礎は当事国によって与えられた同意であり、最終的且つ有効に与えられた同意が法的に拘束力ある義務を創設することは国際法の上位原則 (*antecedent principle*) である。

二 条約上の権利の基礎も同様に、当該権利の享受のために与えられた同意及び当該権利を与えるという約束である。⁽⁹⁸⁾

また、第一報告書では言及されなかった次のような註釈が第四報告書の第三条一項に対して付されていることが確認できる。

これは上述の第二条との関係で付した見解によって十分に扱われているものである。しかしながら、本項は、たとえ表面的にはそのように見えたとしても、条約上の義務の基礎が実は条約それ自体の中に存在しないという重要な原則に効力を与えようと試みるものである。如何なる条約も、特定の状況において且つ特定の形式によってなされた約束が法的義務を創設するという趣旨の法規則が既に存在していなければ、拘束力を有さないだろう。かかる規則は必然的に条約の埒外に

存在しなければならない、というのも、如何なる文書もそれ自体のみから拘束力を得ることはできないからである。然るべき形式で与えられた同意が法的義務を創設するという原則は、条約法全体が基礎を置くものであるにも拘わらず、条約上の法規則ではない。かかる規則は、それを意図する条約それ自体が一般国際法規則のような既に独立して存在する規則なしでは拘束力を有さないために、条約によって創設され得ないのである（また勿論のことであるが、同意が義務を生じさせるという規則は条約「法」という特定の分野に関する規則にとどまらず、より広範に適用されるものである⁽⁹⁾）。

以上から明らかのように、フィッツモーリスにおいては、「合意は守られなければならない」という原則とは別のものとして、条約の義務は国家の同意から生じるという原則（同意原則）に関する規定が準備されていた。そして、とりわけ第四報告書において、かかる原則が「上位原則」であって「条約の埒外に必然的に存在」する一般国際法上の原則として構想されていたことが確認されるのである。

（三）条約法条約の起草過程②——ウォルドック報告書から外交会議まで

尤も、フィッツモーリスが準備した第四報告書の検討がなされる前に、彼は「ICJ」の裁判官に転出することとなり、条約法条約の準備作業は四人目の特別報告者であるウォルドック（H. Waldock）に引き継がれたため、フィッツモーリスの報告書を対象とした同原則の妥当性に関するこれ以上の議論はICJにおいてはなされなかった。⁽¹⁰⁾ ウォルドックによって準備された報告書の中で、同原則が規定されたのは一九六四年にICJに提出された第三報告書においてであった。同報告書において、「条約の適用及び効果」に関する節の先頭に置かれた第五条（「合意は守られなければならない」）は、次のように規定されていた。

一 効力を有する条約は当事国を拘束し、その用語に従い且つ条約の解釈を規律する国際法の一般規則に照らして誠実に適用されなければならない。

二 とりわけ信義誠実の原則は、当該条約の適切な執行を防ぐため又はその目的を阻害するためになされる行為を慎むことを条約当事国に要求する。〔…後略…〕⁽¹⁰⁾

同規定に付された註釈において、ウォルドックは「今日において、条約の拘束的性質に関する原則（即ち、*pacta sunt servanda*）を支持及び説明するために、権威又は先例を引用することは殆ど必要であるように思われる」と述べ、同原則に関する詳細な議論については幾つかの文献を参照するように命じている。同原則を「上位原則」として理解し、「条約の埒外に必然的に存在」する一般国際法上の原則として構想しようとしたフィッツモーリスに対して、このように同原則の法源は何かという議論を不問に付しているウォルドックによる註釈は、「合意は守られなければならない」という原則が、少なくとも彼にとつては既にその基礎づけを問わない「公理」として理解されていたことの例証と考えられるのである。

なお、同報告書の第五五条は一九六四年のICJ第一六会期の第七二六回・七二七回会合において議論されることとなった。第五五条に関する議論の大部分は、第一項における「効力を有する（*is force*）」という語の意味をめぐって展開されたが、この点に加えて、条約の解釈についての言及は他の規定においても見られるものであり、「合意は守られなければならない」という原則の定式化には不要であるとして、「条約は当事国を拘束し、当事国によって誠実に適用されなければならない」という規定振りで十分であるという結論が得られた。また、第二項については、同項の規定は「条約が拘束力を有することの帰結に過ぎない」ため不要であるというヤシーン（M. K. Yasseen）の提案をはじめとして、多くの委員が削除を求めた結果、ウォルドックもこれらの要請に留意し、第一項と結合する

ことを起草委員会に提案することとなった。⁽¹⁰⁾

そして、以上のような議論を経て起草委員会に送付された第五五条は、次のように起草されたのであった。

効力を有するすべての条約は当事国を拘束し、当事国はこれらの条約を誠実に履行しなければならない。

「すべての当事国は条約の趣旨及び目的に合致しない行動を慎まなければならない。」⁽¹¹⁾

本草案については、多くの委員が本規定を明確且つ端的なものにすることを望んだため、この括弧書きの部分を削除するという方針が定まり、一九六四年七月六日に起草委員会において賛成多数（賛成一六・反対〇・棄権二）によって修正案が採択された。⁽¹²⁾その後、一九六六年には、フィンランド及びトルコによって草案の括弧書きの部分を挿入する提案⁽¹³⁾がなされたが、再投票の結果、同案は否決された（賛成一四・反対〇）。⁽¹⁴⁾このような過程を経て成立したのが、HCC草案第二三条であり、同一の規定振りである条約法条約第二六条が、その後の外交会議において賛成九六票（棄権・反対は〇）で採択されることとなったのである。⁽¹⁵⁾

以上で確認されたフィッツモーリス及びウォルドックによって準備された報告書と、HCC草案を含む条約法条約とを照合すると、両報告書に対しては次のような評価が得られるだろう。まず、フィッツモーリスとウォルドックの報告書について、フィッツモーリスは条約義務の淵源が国家の同意にあること（「同意原則（*ex consensu advenit vinculum*）」とその条約義務を誠実に遵守する義務（「合意は守られなければならない（*pacta sunt servanda*）」とを峻別し、それぞれに規定を与えていた。これに対して、ウォルドック草案においてはフィッツモーリスの「同意原則」が削除され、条約の拘束的性質（第五五条一項）と条約の誠実遵守義務（同二項）とが同じ条文の中で扱われるようになったといえる。尤も、フィッツモーリス草案においては国家の同意が条約の拘束的性質の基礎となっ

ていることが明らかにされていたのに対して、ウォルドックにおいては条約の拘束的性質のみが宣明されているに過ぎず、その淵源については何も規定されていなかった。そして、ウォルドックが準備した第五條一項及び二項を結合させることでHC草案第二三條(及び条約法条約第二六條)が起草された結果、同規定は、条約の拘束的性質及び条約義務の誠実遵守義務という二つの要素から構成されることになった。このような起草過程から理解されるように、条約法上条約第二六條において、(フィッツモーリスが提示したような)条約の拘束的性質の「基礎づけ」については何らの言及もなされていないのである。

なお、「合意は守られなければならない」という原則は条約法条約の前文第三項においても確認されるものである。前文第三項は、同原則と並置する形で、自由な同意の原則及び信義誠実の原則に言及し、これらが「普遍的に承認され」ていると規定する。同条約の前文はHCにおいて起草されたものではなく、一九六八年の外交会議第二会期において起草委員会によって準備されたものであった。同会議において、起草委員会はモンゴル・ルーマニア提案及びスイス提案に依拠して前文を起草し、そうして全体会議に提出された同草案に対しては幾つかの修正が提案され、それらが審議された結果として現在の条約前文が成立した(賛成八六・反対〇・棄権一)⁽¹⁷⁾。前文第三項については、両提案ともに「*pacta sunt servanda* 規則が国家間の条約関係の安定性の基礎の一つであることを再確認し⁽¹⁸⁾」という文言を用意していたが、起草委員会はこれを「信義誠実の原則及び *pacta sunt servanda* 規則が普遍的に承認されていることに留意する⁽¹⁹⁾」と修正している。これに対して、「信義誠実の原則及び *pacta sunt servanda* 規則の普遍的承認が疑いなく義務的な効力を有する他の法原則も含むものであるということを確認するため⁽²⁰⁾」に、かかる法原則として「自由な同意の原則」を追加する旨の修正案がエクアドルによって提出され、同案が受け入れられた結果、現在の条約法条約の前文第三項として成立することになった。但し、その提案趣旨からも明らかかなように、かかるエクアドル提案はフィッツモーリスのような条約の拘束的性質の基礎づけを意識したものではなかった

のである。⁽¹²⁾

以上から、条約法条約の起草過程において、条約の拘束的性質と条約の信義誠実に基づく履行義務とが同一の条項に併せて規定されたものの、当初はこれら二つの要素が峻別されていたということが明らかとなった。しかしながら、これら二つを峻別したフィッツモーリスにおいても、条約の拘束的性質の基礎である同意原則は上位原則又は一般国際法上の原則として存在するものと構想され、その妥当についてはそれ以上の詳細な註釈を要しないと考えられていた。⁽¹³⁾ 即ち、ウォルドックのみならずフィッツモーリスにおいても、条約の拘束的性質を国家の同意に基礎づけるということが「公理」として認識されていたと評価できるのである。そして、ウォルドック及び他の ILC 委員によって条約の拘束的性質に関する実質的な議論が展開されることがないままに、“*pacta sunt servanda*” という見出しを備えた条約法条約第二六条が成立した。つまり、条約法条約の起草過程においては、その基礎づけが一樣ではなかったにも拘わらず、条約の拘束的性質は既に「公理」として認識され、共有されていたのである。⁽¹⁴⁾

第二節 学説上の議論

（一）条約法条約起草以前における議論状況——ハーヴァード草案との関係を中心に

前節で確認されたように、様々な法典化の試みにおいて、条約の拘束力の根拠が同意原則又はその他の理由によるものとして明示的に構想されていたのに対して、ハーヴァード草案においてみられたような条約の誠実遵守義務が規定されるようになると、そこでは条約の拘束力の淵源（理由）ではなく条約が誠実に遵守されること（結果）に重心が移され、最終的には条約法条約に結実したものと理解される。⁽¹⁵⁾ 実際にハーヴァード草案第二〇条の註釈及びウォルドック報告書が示すように、条約の誠実遵守義務の規定に際して、条約の拘束力の淵源を同定する試みは放棄されていた。とりわけハーヴァード草案については、このような「公理」としての合意主義を表明する際にラウ

ターパクトの一九三三年著作に依拠していたところ、次に問われるべきはかかる理解が当時一般的に共有されていたものであったのかという点である。仮に、一九三〇年代半ばまでに、国際法、就中条約の拘束的性質に関する基礎づけの議論が同草案註釈において述べられたような一種の収束状態にあったのであれば、同時期に合意主義は「公理」として受容されたという一応の結論を得ることができるだろう。

このような観点から当時の議論状況を概観すると、以下で挙げられるように、前述の法典化構想における同意原則のような条約の拘束的性質の基礎づけに関する議論は、とりわけ戦間期においても数多くみられたということが確認される。⁽¹³⁾ このような議論としては、まず第一に、国際法の義務的性質一般を主題とする論考が挙げられる。例えば、一九二八年にハーグ国際法アカデミーにおいて「国際法における義務的性質の基礎」という表題で講義を行ったブライアリー (J. L. Brierly) は、国際法の義務的性質に関する二つの主要な議論として、国家の基本権に基づく議論及び同意に基づく議論を挙げ、それぞれを批判的に検討した結果、法の妥当性の根拠は法の埒外にあるとして、道徳・倫理的なものに基礎づける他ない旨を論じている。⁽¹⁴⁾ 詳細は第三部で確認されるが、戦間期の国際法学は、ブライアリーその他にも例えばフェアドロス (A. Verdross) に代表されるように、主意主義的実証主義への反省、そして一般法学における「自然法の復活」と軌を一にする形で自然法論が盛んに唱道された時代でもあった。このような一般的な傾向の下で、議論の詳細及び結論は異なるものの、ブライアリーと同様に国際法の義務的性質一般を論じているものとして、他にも多くの文献⁽¹⁵⁾を挙げることができる。

第二に、国際法一般の義務的性質ではなく、条約の法的性質に特化した議論も行われていた。かかる議論を展開した論者の一人であるシェリー (P. Cholley) は、条約の拘束力について、国家意思又は「合意は守られなければならない」という規則に基礎づけるという二つの系譜があると述べた上で、前者についてはとりわけトリペルの共同意思理論に着目しつつ、これが「過去のもの」であると論じ、後者については、これを公理又は慣習法と捉え

る議論があることに言及し、両見解を批判的に検討している。⁽¹²⁾ 彼が最終的に論じるところによれば、条約の法的性質はその規定の性質——法創設的性質又は契約的性質——に応じて異なり得るものの、その拘束力の根拠は国内における立法と同様に法創設という制度的な理解に求められている。⁽¹³⁾ この結論は彼がトリーパーの同意思想論を採用していないことから理解されるが、これに対して同時代においても同意思想論を採用する者がいた点には留意を要する。⁽¹⁴⁾

第三に、このような国際法及び条約の拘束力の基礎を主題とした研究とは異なり、条約遵守義務としての *pacta sunt servanda* 規則それ自体を主題とする研究も確認することができる。例えばレーツロープ (R. Redlob) に代表されるように、この類型に属する研究は *pacta sunt servanda* 原則について、関連する「国家」（国家概念の成立時期を考えると、「政治体 (body politic)」とするのが正確であろう。）実行及び学説を古典古代にまで遡って収集・検討し、条約（政治体間における合意）が不可侵性（或いは神聖性）を有するものとして伝統的に捉えられてきたことを明らかにしようと試みるものである。⁽¹⁵⁾ 例えばバウアー (H. Bauer) は、同規則の存在形式について、根本規範及び慣習法の両者を併記して説明しており、同原則の基礎づけについては依然として論争があったことを示唆している。また、国際連盟規約第十九条に至るまでの条約の不可侵性 (inviolabilité) の歴史的展開を具体的な条約規定に着目して検討するドゥ・トープ (M. de Taube) によれば、同原則は、記憶を超える昔から国際法学の「公理 (axiome/postulat)」又は「定言命法」であり続けてきたと論じられている。⁽¹⁶⁾ しかしながら、彼自身は進歩史観に基づき同原則の歴史的展開過程を提示するも、同原則の基礎づけについては、国家の存在にとって必要不可欠なものとして一般的に承認されている法規則であるとしか論じていない。⁽¹⁷⁾

これに対して、同原則を「公理」として意識的に描き出している研究としてホイットン (J. B. Whiston) によるものを挙げることができる。彼によれば、同規則は根本規範として存在していて、これを法的に説明することは不

可能であるという⁽¹³⁾。とりわけ一九三五年の論文において彼は、ハーヴァード草案と同様に一九三三年のラウターバクトの著作における一節に言及した上で、同規則が諸国の意思とは無関係に拘束力ある法規則として国家に対峙している旨を結論づけている⁽¹⁴⁾。また、このような「公理」としての *pacta sunt servanda* 原則の理解は第二次世界大戦後の研究においても確認されるものである。例えば、クンツ (J. L. Kunz) は前記のドゥ・トープの研究を参照しつつ同原則が「公理」であるという前提を採用しており、またヴェーベルク (H. Wehberg) も、「我々は国際法の一般的基礎についてはもうこれ以上の関心を向けずにすべきである」と明言することで、同原則の「公理」としての性質を承認しているのであった⁽¹⁵⁾。

以上で確認されたように、条約の拘束的性質に関する様々な議論が戦間期においてもなお展開の途上にあったことは明らかである。これらの議論においては、自らが妥当であると考える基礎づけが各論者によって様々な形で提示されており、合意主義はハーヴァード草案がラウターバクトの著作を引用して纏めたような「公理」としての位置づけにはまだ至っていなかったのである。

(二) 近年における研究動向——実証主義国際法学の確立過程の再検討

以上で確認された議論がその後どのように展開されたかという点については、現代の代表的な概説書及び辞典における説明を参照することで、既に序論において簡潔に紹介した通りである。また、序論においては、国際法の拘束力の根拠を主題とする研究において国家間合意の法的性質に関する議論が検討されていることについても、村瀬の研究⁽¹⁶⁾を例に挙げて説明した。このような先行研究において明白なように、実証主義国際法学の確立過程と軌を一にする形で描かれてきた国際法の拘束力の根拠論に関する学説史は、国家主権と条約の拘束性を整合的に理解するための議論を展開した一九世紀末のドイツ語圏の実証主義者に着目して提示されてきたものである。

このような研究動向は既に第二次世界大戦後には確認されるようになり、⁽¹⁸⁾ 条約法条約の起草を経て、現在においても変わらずに維持されている。尤も、近年において、戦間期にみられたような国際法の拘束力の根拠についての学説史を主題とする研究は僅少である。かかる状況の中で、例えば条約法条約の逐条解説書においても確認されるように、⁽¹⁹⁾ 同原則の基礎については、同意、信義誠実の原則、又は根本規範・承認のルールのような格言的規範等の複数の候補が挙げられているものの、それ以上の詳細な検討がなされずに同原則の妥当が一般的に認められているという状況にあり、このこともまた同原則が「公理」として認識されていることの例証であると解されるだろう。

ところで、近年の研究動向を精査すると、とりわけ実証主義に対する批判という国際法学の近時の潮流と相俟つて、実証主義国際法学の確立過程の再検討が試みられていることを確認することができる。このような類型の中でも、最も実証的な研究成果を公表している者としてベルンシュトルフ (J. von Bernstorff) ⁽¹⁴⁾ が挙げられる。彼は、当時のドイツ語圏における国際法学の潮流が、「主権国家の自由意思が国際法の妥当性を基礎づけるというヘーゲルの観念と国際法の拘束力とを調和させるための理論構築にあった」⁽¹⁵⁾ として、一八四七年に『国際法の批判』⁽¹⁶⁾ を上梓したカルテンボルン (C. von Kattenborn) から、主権国家の意思に国際法の基礎を置いたベルクボーム (C. Bergbohm) ⁽¹⁷⁾、そしてベルクボームを批判したフリッカー (K. V. Fricker) ⁽¹⁸⁾ に至るまでの議論を紹介する。その上で、国家意思と国際法の拘束力との「統合」を試みたものとしてイエリネックの国際法論を提示し、イエリネックの国家意思実証主義はトリーパーの共同意思理論によって批判的に継承されたが、その後ケルゼンとその弟子たちによって批判され、客観的国際法の存在は彼らによって提唱された根本規範のような仮説に基礎づけられるようになったと結論づけている。⁽¹⁹⁾ このようなベルンシュトルフによる一連の研究は、従来の研究においてあまり注目されてこなかったドイツ公法学における議論に焦点を当て、ヘーゲルからケルゼンに至るまでの展開過程にそれを適切に位置づけるだけでなく、特にイエリネック及びケルゼンの国際法論について、浩瀚な一次資料に基づき詳細に検討している点

において、参照されるべき文献であるといえる。但し、自然法論の衰退の結果として実証主義的潮流が支配的になっていく過程が、「意思主義」からその批判の結果として提示された「仮説による基礎づけ」へという形で描写されているという点においては、彼の研究もまたその他の先行研究と同様の視座を示しているに過ぎず、意思主義と合意主義の観念的な区別も見られない。

また、ベルンシュトルフのような一次資料に基づく綿密な検討が示されていないものの、一九世紀における実証主義国際法学について新たな視点を提示する試みとしてネフの一連の研究も注目値する。ネフがこの点を最も詳細に論じている二〇一四年の単著によれば、一九世紀における「実証主義」とは三つの異なる潮流から構成される融合物であって、このような「通説的な実証主義 (mainstream positivism)」の三つの型は次のように説明される。即ち、第一に、「経験主義的実証主義 (empirical positivism)」又は「帰納的アプローチ」と呼ばれる潮流であり、国家の集団的な行為による国際法の形成——とりわけ慣習法による形成——に重点を置くものである。第二に挙げられるのが、「共同意思アプローチ (common will approach)」であり、国際法を主として条約の形態をとる国家間の明示的な合意から生じるものと理解する潮流である。そして第三に、国家が個別に自発的に規則を受諾することによって国際法上の義務が生じる旨を強調する「意思主義アプローチ (voluntarist approach)」が挙げられる。⁽¹³⁾ネフによれば、実証主義におけるこれら三つの潮流は、それぞれ国家実行、合意、そして個別国家の意思に基礎づけられた構想であり、これらはすべて法を意思の産物として理解する点で共通するものである。しかしながら、経験主義及び共同意思学派が国家の集合的な意思に法の淵源を求める——経験主義学派は慣習法、共同意思学派は条約に表明される国家意思に着目するという異同はあるが——のに対して、意思主義学派は個別国家の自律的な意思に法の淵源を求めるといふ。⁽¹⁴⁾さらに、これら三つの学派は *pacta sunt servanda* 原則の説明においても異なるとして、その異同をネフは次のように説明する。即ち、経験主義アプローチにおいては、国家間共同体の集合的意思を

反映する慣習法を条約よりも重視し、条約の拘束力は *pacta sunt servanda* という根本的な慣習法規則に求められ⁽¹⁵⁾。これに対して、意思主義アプローチによれば、国家は自己拘束によって *pacta sunt servanda* 原則を個別に受諾しており、その結果としてすべての条約の拘束力が説明される⁽¹⁶⁾。尤も、共同意思アプローチについては、*pacta sunt servanda* 原則を自然法上の原則として措定しているという批判があるものの、論者によって同原則の基礎づけは異なっており、例えばトリールは心理学的要素に、アンツィロツティは国家間合意の産物たる根本規範に、それぞれ基礎を求めたと説明されている⁽¹⁶⁾。

このようなネフの研究は、実証主義国際法学の確立過程について、意思主義から出発して客観主義に至るまでの理論の展開を「単線的」に描写する従来の研究とは一線を画しており、その意味で新規性を有するものであると評価できよう。しかしながら、ネフが一九世紀における実証主義を「融合物」と呼称する通り、前記の三つの学派の間には重複する部分が多く確認されるという点に問題があるといえる。勿論、ネフは相互排他的な三つの類型を提示しようと試みているわけではないが、それでもやはり、経験主義的アプローチに見られるような国家実行の重視という方法論的側面を独立した一つの学派として示すことによって、他の学派との重複点を生み出してしまっている点は批判的に検討されねばならないだろう。というのも、既に序論で言及したように、実証主義という方法論は経験世界を経験的に認識・証明可能なものに基礎づけて論じるものであって、国家の単独の意思であれ共同意思であれ、それらの証拠として常に国家実行が参照されるため、結局のところ「国家実行の重視」というのは程度問題に解消されてしまうからである。

（三）残された課題——オッペンハイムの位置づけをめぐる問題

以上から確認されることは、戦間期を中心とする条約法条約起草過程以前においては、学説においても国際法（条

約)の拘束力の淵源に関する多様な議論が展開されていたが、ハーヴァード草案第二〇条及びウォルドック案を基礎とした条約法条約第二六条のような条約遵守義務の規定が主流になると、そこではもはや何故条約が拘束力を有するのかという問題関心は喪失された、ということである。そして近年の研究においては、例えば前記のベルンシュトルフのように、実証主義国際法学の展開過程を再検討する試みがあるが、そこにおいても従来検討されてこなかったドイツ語圏の議論が強調され、この種の研究が常にそうであったように、ドイツ語圏以外の同時代の議論との関係が等閑視されている。これに対して、ネフのようにドイツ語圏以外の議論にも着目することで実証主義国際法学の確立過程を描こうと試みる研究も確認されるが、この種の研究においても、共時的視点を欠いた研究と同様に、異なる理論間の関係が十分に検討されてはいないのである。

そして、このような先行研究における共時的視点の欠如によって、この文脈において十分な形で検討され、また位置づけられてこなかったのが、本稿が主たる検討の対象とするオッペンハイムの共通の同意理論である。⁽¹⁸⁷⁾では、何故オッペンハイムの共通の同意理論を実証主義国際法学の確立過程において取り上げ、位置づける必要があるのだろうか。この点を説明するために、従来の研究において実証主義国際法学の確立過程の中でオッペンハイムとその共通の同意理論が言及される場合を次の三通りに分類して、それぞれの議論を簡潔に紹介することとしたい。まず第一に挙げられるのは、既に序論でも言及したように、トリーパーが提唱した共同意思に並列するものとしてオッペンハイムの共通の同意を論じるものである。例えばベルンシュトルフは、イエリネックからトリーパーへの理論の展開を示した後に、トリーパー理論の影響について論じる中で「共同意思はラサ・オッペンハイムにおいては『共通の同意』として現れている」とだけ述べている。⁽¹⁸⁸⁾トゥルヨル＝イ＝セラ (A. Truyol y Serra) はより踏み込んで、国家の共同意思説としてトリーパーの共同意思理論と「諸国家の同意 (consent of nations)」という英国の国際法学に特有な理論とを並列して挙げ、後者の一例としてオッペンハイムの共通の同意理論に言及している。⁽¹⁸⁹⁾他にも、

例えば山手は、イエリネックの自己拘束理論をさらに発展させたものとして「合意説（共同意思説）」を挙げ、そこにおいてトリーパーの共同意思説とオッペンハイムの「共同合意説」を並列している。そしてオッペンハイムについて、「共同の合意」が国際法の拘束力の根拠として「絶対的にそこに措定されている」こと、そしてそれが何故国家を拘束し、何故国家はかかる合意を締結するのかという点が何ら明らかにされていないことをそれぞれ批判する⁽⁹⁾。これらの研究においては、トリーパーとオッペンハイムの理論が並列して言及されるのみで、ここでは両者の異同についての注意が殆ど払われることなく、例えばケルゼンの根本規範論のような後の理論についての考察へと関心が移されることになるのである。

第二に、第一の場合とは異なり、トリーパーとオッペンハイムとの異同に焦点を当てる議論があり、その代表例としてコスケニエミの研究を挙げることができる。現代の法源論において支配的な見解である、国家が自発的に同意した規範にのみ拘束されるという合意主義を「弁明者（apologet）」の理論と称するコスケニエミによれば、合意主義論者は国際法の拘束力を説明するために次の二つの戦略を採用してきたという。即ち、一つは、トリーパーに代表されるように、ルソー（J.-J. Rousseau）に倣うことで、一般意志として生じた個別の意思を複数の意思によって構成される単一且つ整合的で規範的な意思たる共同意思として扱うものである。しかしながら、ルソーが一般意志と全体意志とを区別しているように、ルソーの一般意志理論は、個別の実際の意志を覆すという意味では合意に基づくものではないため、この反論に応答する唯一の方法は、もう一つの戦略であるオッペンハイムの共通の同意理論に加わることにしかないとして、オッペンハイムの議論に言及する。しかしながら、オッペンハイムの共通の同意は「圧倒的多数数の同意」であって「すべての意思」としては構成されていなかったため、結局のところオッペンハイムも多数の意思が少数のそれを拘束する根拠を提供できていない「弁明者」であったと批判されるのである⁽¹⁰⁾。さらに、前記のネフの議論によれば、第一の研究類型やコスケニエミの理解とは異なり、オッペンハイムはトリー

ペルの属する共同意思学派ではなく、経験主義学派の代表例として取り上げられている。ネフによれば、経験主義学派は国際法の法源として条約よりも慣習法を重視し、慣習法と単なる国家間の実行の一致たる慣例 (usage) との区別に際して、その違反に対する制裁 (sanction) の有無に着目するという二つの固有の性質を有するものである⁽¹⁸⁾。この意味において「実証主義の経験主義的理解が最も率直に示されている」のがオッペンハイムであるという。

そして第三に、国際法の拘束力に関する学説史を主題とする研究において、例外的にオッペンハイムの共通の同意理論を比較的詳細に検討する研究を挙げることができる。この類型に属するものとしては、例えば大淵の議論がある。国際法の拘束力の根拠を国家意思に求める学説としてイエリネックの自己拘束理論を、その発展形態として国家の「共同の合意 (common consent)」に求める学説としてオッペンハイムをそれぞれ挙げる大淵は、前者においては国家の自己拘束を可能とする根拠が明らかにされておらず、後者においてはかかる「共同の合意」がどのように成立するかが明白でないと批判する。その上で、これらの問題点の解決のために国際法の拘束力の根拠を一つの仮定の上に求めようとする学説があるとして、アンツイロツティ及びフェアドロスの議論を紹介し、仮説に拘束力の根拠を求める両者の見解はかかる仮説が現実の規範の拘束力を説明し得ないという理由から支持できないという。そして、この種の研究が常にそうであるように、最終的には国際法の拘束力の根拠を社会関係の中に見出そうとする学説としてデュギーの議論に考察の対象を移すのである⁽¹⁹⁾。

このような大淵の研究の特徴は、第一及び第二の類型でみられたような、イエリネックの自己拘束理論の紹介の直後に殆ど必ず挙げられるトリーペルの共同意思理論について、何らの言及もないという点である。尤も、イエリネックの自己拘束理論を検討した後に、その問題点と理論的發展の可能性について、大淵は次のように述べている。

国際法の拘束力の根拠を国家の自己拘束の意思に求めようとするときは、考察の中心は主に一国家の意思におかれること

になる惧れがある。しかし、この場合、勿論、考察の中心は一国家の意思におかれるとしても、同時に他国家の自己拘束の意思を考察の対象とすることは疑ないのであるが、かくして、他国家における同様の自己拘束を考察する場合、そこに自己拘束の合致を導き出すに至ることは理論的にも可能なことでなければならぬ。国家意思の自己拘束説から出発したものと考えられる学説で、国際法の拘束力の根拠を諸国家の共同意思に求めようとするものが認められるのは、右の如き理由からであらうと思われる。⁽¹⁶⁾

この最後で言及されている「国際法の拘束力の根拠を諸国家の共同意思に求めようとするもの」がトリーパーの共同意思理論を指しているという解釈の余地はあるものの、いずれにせよ以上のように論じた後に、「国際法の拘束力の根拠を国家の合意即ち共同の合意に求めようとする学説の代表者」としてオッペンハイムが挙げられる。そして、大淵はオッペンハイムの概説書における議論を検討した結果、オッペンハイムが示した「共同の合意」がどのようにして成立するのかという点が明らかにされていないため、個別国家の意思と共同の合意との関係が明瞭ではなく、国際法の拘束力の根拠に関する議論としては不十分であると評価している。⁽¹⁶⁾

以上で確認されたオッペンハイムの共通の同意理論についての先行研究における指摘の妥当性については、オッペンハイムの国際法論を詳細に検討する第二部において考察するが、ここで確認しておきたいのは、先行研究の多くがオッペンハイムを実証主義国際法学の確立過程において十分に位置づけてこなかった一方で、少数ながらもかかる文脈におけるオッペンハイムの共通の同意理論（又は「共通の合意」理論）に着目する研究が他方ではみられたという点である。しかしながら、そのような研究においても、以上で明らかにされたように、オッペンハイムの共通の同意理論が、その理論構成だけでなくトリーパーの共同意思理論との関係という観点からも、十分に検討されてきたとはいえないことが理解されるだろう。その結果として、実証主義国際法学の確立過程においてもオッペ

ンハイム（の共通の同意理論）は十分に位置づけられず、前記で確認されたような様々な評価が現在でも混在していると考えられるのである。オッペンハイムの共通の同意理論が十分に検討されていないというこのような事実は、例えば、「共通の同意」という概念がオッペンハイムに固有なものではなく、ホール（W. E. Hall）やローレンス（T. J. Lawrence）等の英国の国際法学者の議論に共通するものであるという前記のトウルヨル・イー・セラの指摘⁽¹⁶⁾において、論者間における観念の異同が精査されていないことから理解される。さらに、コスケニエミによるルソーの一般意志論を援用する前記の議論についても、後で詳細に検討されるように、オッペンハイムの構想した共通の同意をコスケニエミのように単なる多数の意思として理解することの妥当性は、オッペンハイムの国際法論の構想全体との関係で検討されなければならない問題であった⁽¹⁷⁾。

このように、実証主義国際法学の確立過程にオッペンハイムを位置づけようとする場合に、オッペンハイムの共通の同意論を正確に理解することが必要不可欠であることは明らかであろう。オッペンハイムの議論の詳細については第二部において扱われることになるが、その前に、彼自身が従来の国際法（史）研究においてどのように評価され、位置づけられてきたかについて、次章で概観しておくこととしたい。

(22) See e.g., A. Anglie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), pp.48-52; Koskeniemmi, *The Gentle Civilizer*, *supra* note (28), pp.11-97; S. C. Neft, *Justice among Nations: A History of International Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2014), pp.300-305.

(23) オッペンハイムの生涯及び業績については既に幾つかの先行研究が存在するが、それらの間に異同が見られることから、本稿では入手し得た一次資料を中心にそれらの異同を確認し、再構成を試みた。邦語で書かれた先行研究としては次のものがある。松隈清「オッペンハイムの生涯と『国際法論』『八幡大学論集』第二一巻三・四号（一九七一年）二五―四七頁。なお、オッペンハイムの生涯及び業績を最も包括的な形で提示しているものとして、次の文献を参照せよ。M. Schmoekel, "The Story of Success: Lassa Oppenheim and His 'International Law'", in M. Stolleis/M. Yanagihara (eds.), *East Asian and European*

- Perspectives on International Law* (Baden-Baden: Nomos, 2004), pp.57-138.
- (5) See e.g., Salmon, *supra* note (33), pp.1102-1109; K. Schmalenbach, "Article 26. *Pacta sunt servanda*", in O. Derr/K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Heidelberg: Springer, 2012), p.468.
- (6) See e.g., R. P. Dhokalia, *The Codification of Public International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1970), pp.37-143; W. G. Grewe (trans. by M. Byers), *The Epochs of International Law* (Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2000), pp.512-515.
- (7) この点については国際法の法典化についての同時代的な理解として、例えば次の文献を見よ。E. Nys, "Codification of International Law", *American Journal of International Law*, vol.5 (1911), pp.871-900; E. Root, "The Function of Private Codification in International Law", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917)*, vol.5 (1911), pp.19-32; Ch. de Visser, "La codification du droit international", *Recueil des cours*, t6 (1925-I), pp.408-428. See also, "Note on the Private Codification of Public International Law" (UN Doc. A/AC.10/25); reproduced in *Supplement to the American Journal of International Law*, vol.41, no.4 (1947), pp.138-147.
- (8) A. de Domin-Petrushevez, *Précis d'un code droit international* (Leipzig: F. A. Brockhaus, 1861), pp.51-52; D. D. Field, *Draft Outlines of an International Code* (New York: Diossy & Company, 1872), pp.78-83.
- (9) J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (Nördlingen: C. H. Beck, 1868), §. 410. なお、一八七〇年の仏語訳においては条約の「法的拘束力 (Rechtsverbindlichkeit)」が「条約遵守義務 (obligation de respecter les traites)」に、「人類の法意識」が「良心的感覚 (sentiment de la justice)」と訳せられ、また「出づるべき」として *Idem* (traduit par C. Lardy), *Le droit international codifié* (Paris: Guillaumin, 1870), §. 410.
- (10) P. Fiore, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica* (Napoli: Unione Tipografico-Editrice, 1890), §§ 667-668; *Idem* (traduit par A. Chréten), *Le droit international codifié et sa sanction juridique* (Paris: Chevalier-Maresca, 1890), §§ 667-668. なお、フィオーレは条約上の義務を誠実に遵守せよと云うのが国家の一般的な責務 (duty) であることと構想している (*Ibid.*, §. 547).
- (11) J. Internoscia, *New Code of International Law* (New York: The International Code Company, 1910), §§ 736, 799 et 800. See also, H. La Fontaine, *The Great Solution: Magnissima Charta, Essay on Evolutionary and Constructive Pacifism* (Boston: World Peace Foundation, 1916), p.30.
- (12) 米州国際法学会は一九二二年一〇月にスコット (J. B. Scott) とアルバレスによって創設され、一九一五年一二月にワシントン

- ンで開催された第二回汎米科学会議において発足した学術組織である。その概要については、例えば次の文献を見よ。中井愛子『国際法の誕生——ヨーロッパ国際法からの転換』(京都大学学術出版会、二〇二〇年)九一頁、註八七、八九；F. L. Kirgis, *The American Society of International Law's First Century 1906-2006* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006) pp.37-38.
- (72) J. B. Scott, *The American Institute of International Law: Its Declaration of the Rights and Duties of Nations* (Washington: The American Institute of International Law, 1916), pp.87-101.
- (73) 下の註釋にのこすのは次の文献を見よ。S. M. Carbone/L. S. di Pepe, "States, Fundamental Rights and Duties", in Wolfrum (ed.), *supra* note (38), p.564; "Preparatory Study Concerning a Draft Declaration on the Rights and Duties of States: Memorandum Submitted by the Secretary-General" (UN Doc. A/CN.4/2), pp.82-86.
- (74) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, t.27: session extraordinaire de Paris (1919), pp.320-323.
- (75) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, t.28: session plénière de Rome (1921), p.208
- (76) *Ibid.*, pp.202-224; *Annuaire de l'Institut de Droit International*, t.32: session de la Haye (1925), pp.238-245 et 536.
- (77) "Projet définitif de déclaration sur les données fondamentales et les grands principes du droit international moderne", *International Law Association, Reports of the Thirty-Ninth Conference Held at Paris* (1936), pp.336-337.
- (78) 本研究の概要にのこすのは次の文献を見よ。M. O. Hudson, "General Introduction [of the Research in International Law under the Auspices of the Faculty of the Harvard Law School]", *Supplement to the American Journal of International Law*, vol.29 (1935), pp.1-5 et 7-8.
- (79) "Article 20, *Pacta Sunt Servanda*" [hereinafter referred to as "Article 20 of the Harvard Draft"], *ibid.*, p.986.
- (80) *Ibid.*, p.989.
- (81) H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford: Clarendon Press, 1933), p.419.
- (82) "Article 20 of the Harvard Draft", *supra* note (79), p.989.
- (83) Annexe au Protocole No.1, Protocoles des Conférences tenues à Londres entre les Plénipotentiaires de l'Allemagne du Nord, de l'Autriche-Hongrie, de la France (Prot. 5 et 6), de la Grande-Bretagne, de l'Italie, de la Russie et de la Turquie, pour la révision des stipulations du Traité du 30 mars 1856 relatives à la neutralisation de la Mer Noire; in G. F. de Martens (ed.), *Nouveau recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables, servant à la connaissance des relations étrangères des puissances et états dans leurs rapports mutuels*, t.18 (Göttingue: Librairie de Dieterich, 1873), p.278.

- (84) 々の経緯の詳細については例えば次の文献を見よ。D. J. Bederman, "The 1871 London Declaration, *rebus sic stantibus* and a Primitivist View of the Law of Nations", *American Journal of International Law*, vol.82 (1988), pp.1-40; G. Distefano, "Protocole de Londres du 17 janvier 1871: miroir du droit international", *Journal of the History of International Law*, vol.6 (2004), pp.79-142.
- (85) この前文は、いわゆる「ロカルノ条約」のうちドイツとポーランド間の仲裁裁判条約及びドイツとチェコスロヴァキア間の仲裁裁判条約の二つに共通するものである。"Traité d'arbitrage entre l'Allemagne et la Pologne, fait à Locarno, le 16 Octobre 1925" (Registration No.1295), *League of Nations Treaty Series*, vol.54 (1926-1927), p.327; "Traité d'arbitrage entre l'Allemagne et la Tchécoslovaquie, fait à Locarno, le 16 Octobre 1925" (Registration No.1296), *ibid.*, p.341.
- (86) "Appendix 10: Convention [on Treaties]", *Report of the Delegates of the United States of America to the Sixth International Conference of American States, Held at Habana, Cuba, January 16 to February 20, 1928, with Appendices* (Washington: United States Government Printing Office, 1928), p.198. 同条約は一九三五年四月一日にブラジル、ドミニカ、ハイチ、ニカラガア及びパナマに対して発効している。
- (87) 条約の誠実遵守義務については、例えば、国際連盟規約では「組織ある人民の相互の交渉に於て正義を保持し且厳に一切の条約上の義務を尊重」(前文第四項)する旨が、国連憲章では「正義と条約その他の国際法の源泉から生ずる義務の尊重とを維持することができる条件を確立」(前文第三項)する旨が、それぞれ規定されている。なお、このような条約の誠実遵守義務は、ICJの第一会期(一九四九年)報告書の一部として国連総会に提出された「国家の権利義務に関する宣言草案」においても確認することができる。同第一三条では「国家が「条約から生じる義務を誠実に履行する義務を負う」旨が規定され、その註釈に「かつ、同規定が「*pacta sunt servanda*」という基本的原則の再回復(re-instatement)である」と説明されていた。"Report of the International Law Commission on the Work of Its First Session, 12 April 1949, Official Records of the General Assembly, Fourth Session, Supplement No. 10" (UN Doc. A/CN.4/13 and Corr. 1-3), *Yearbook of the International Law Commission* 1949, vol.1, p.288. 但し、同草案は国連加盟国の関心をあまり惹かなかったため、国連総会が採択されることはなかった。
- (88) "Charter of the Organization of American States (Pact of Bogota of 30 April 1948)" (Registration No.1609), *United Nations Treaty Series*, vol.119 (1952), p.3.
- (89) 条約法条約の起草過程については、例えば次の文献を見よ。小川芳彦「条約法の理論」(東信堂、一九八九年)五一頁；Sh. Rosenn, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989).
- (90) "Report on the Law of Treaties by Mr. G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/101) [hereinafter referred

- to as "First Report by Fitzmaurice", *Yearbook of the International Law Commission* 1956, vol.II, p.108.
- (16) "Second Report on the Law of Treaties by Mr. G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/107), *Yearbook of the International Law Commission* 1957, vol.II, p.23.
- (17) *Ibid.*, p.42, para.33.
- (18) "Summary Record of the 481st Meeting, 22 April 1959" (UN Doc. A/CN.4/SR.481), *Yearbook of the International Law Commission* 1959, vol.I, pp.9-11, paras.30-49, 45-49, 77の点について「フーミンギョリスが提出した第一報告書の中で既に懸念を述べた。"First Report by Fitzmaurice", *supra* note (90), p.118, para.13.
- (19) "Fourth Report on the Law of Treaties by Mr. G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/120) [hereinafter referred to as "Fourth Report by Fitzmaurice"], *Yearbook of the International Law Commission* 1959, vol.II, p.42.
- (20) *Ibid.*, p.53, para.12.
- (21) *Ibid.*, para.14.
- (22) "First Report by Fitzmaurice", *supra* note (90), p.108.
- (23) "Fourth Report by Fitzmaurice", *supra* note (94), p.42.
- (24) *Ibid.*, p.53, para.13.
- (25) なお、この間の一九六〇年三月に条約の効果に関する第五報告書がフィッミンギョリスによって提出された。"Fifth Report on the Law of Treaties by Mr. G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/130), *Yearbook of the International Law Commission* 1960, vol.II, pp.69-107.
- (26) "Third Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), *Yearbook of the International Law Commission* 1964, vol.II, p.7.
- (27) *Ibid.*, p.7.
- (28) エルムニツが挙げている文離は次のとおりである。"Article 20 of the Harvard Draft", *supra* note (79), p.977; J. L. Kunz, "The Meaning and the Range of the Norm *Pacta Sunt Servanda*", *American Journal of International Law*, vol.39 (1945), pp.180-197; Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public* (Paris: A. Pedone, 1944), pp.355-364.
- (29) "Summary Record of the 726th Meeting, 19 May 1964" (UN Doc. A/CN.4/SR.726), *Yearbook of the International Law Commission* 1964, vol.I, p.24, paras.45 et 52.
- (30) "Summary Record of the 727th Meeting, 20 May 1964" (UN Doc. A/CN.4/SR.727), *ibid.*, p.29, para.31.

- (106) *Ibid.*, p.31, para.52.
- (107) *Ibid.*, p.32, para.71.
- (108) "Summary Record of the 748th Meeting, 18 June 1964" (UN Doc. A/CN.4/SR.748), *ibid.*, p.162, para.52.
- (109) "Summary Record of the 749th Meeting, 22 June 1964" (UN Doc. A/CN.4/SR.749), *ibid.*, p.165, para.8.
- (110) "Summary Record of the 759th Meeting, 6 July 1964" (UN Doc. A/CN.4/SR.759), *ibid.*, p.232, para.2.
- (111) "Summary Record of the 849th Meeting, 11 May 1966" (UN Doc. A/CN.4/SR.849), *Yearbook of the International Law Commission 1966*, vol.I, Part II [hereinafter referred to as *YBILC 1966-II*], pp.33-34, para.24; "Sixth Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/186 and Add.1-7), *Yearbook of the International Law Commission 1966*, vol.II, p.61, para.4; "Report of the International Law Commission on the Work of Its Eighteenth Session" (UN Doc. A/CN.4/191), *ibid.*, pp.292 et 342.
- (112) "Summary Record of the 867th Meeting, 10 June 1966" (UN Doc. A/CN.4/SR.867) [hereinafter referred to as "A/CN.4/SR.867"], *YBILC 1966-II*, *supra* note (111), p.169, para.3.
- (113) "Draft Articles on the Law of Treaties", *supra* note (32), p.180, なぞ、同規定は委員会において賛成一四票を以て採択された。¹⁹ "A/CN.4/SR.867", *supra* note (112), p.169, para.3.
- (114) "Summary Records of the Twelfth Plenary Meeting [Tuesday, 6 May 1969, at 10:40 a.m.]" (UN Doc. A/CONF.39/SR.12); in *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Session: Documents of the Conference* (New York, 1971) [hereinafter referred to as *OR Documents*], p.49, para.67. なお、外交会議における本規定に関連する議論については、ホリゴト・チコスロウアキヤ・エクスアル・スニーン・タンザニアの五か国による共同修正提案 (UN Doc. A/CONF.39/C.1/L.118) が挙げられる。同提案は "Every treaty in force" を "very valid treaty" に修正するものがあり、その趣旨は「合意は守られなければならない」という原則の適用のためには無効と決定された条約は「効力のある」ものではないと主張のあったが、同案は否決された。他に提出された修正案として、キーンズ (UN Doc. A/CONF.39/C.1/L.173) 、ベキスタン (UN Doc. A/CONF.39/C.1/L.181) 、コナチ (UN Doc. A/CONF.39/C.1/L.189) 、タヤ (UN Doc. A/CONF.39/C.1/L.196) などがある。"Report of the Committee of the Whole on the First Session" (UN Doc. A/CONF.39/14); in *ibid.*, p.145, para.233.
- (115) "Mongolia and Romania: Proposal Submitted to the Drafting Committee for the Preparation of a Preamble to the Convention on the Law of Treaties" (UN Doc. A/CONF.39/L.4) [hereinafter referred to as "A/CONF.39/L.4"]; in *ibid.*, p.263.

- (116) "Switzerland: Proposal Submitted to the Drafting Committee for the Preparation of a Preamble to the Convention on the Law of Treaties" (UN Doc. A/CONF.39/L.5) [hereinafter referred to as "A/CONF.39/L.5"]; in *ibid*.
- (117) "Summary Records of the Thirty-second Plenary Meeting [Tuesday, 20 May 1969, at 9 p.m.]" (UN Doc. A/CONF.39/SR.32); in *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session: Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole* (New York, 1970) [hereinafter referred to as *OR Plenary*], p.178, para.31.
- (118) "A/CONF.39/L.4", *supra* note (115), p.263; "A/CONF.39/L.5", *supra* note (116), p.263.
- (119) "Summary Records of the Thirty-first Plenary Meeting [Tuesday, 20 May 1969, at 11 a.m.]" (UN Doc. A/CONF.39/SR.31); in *OR Plenary*, *supra* note (117), p.169.
- (120) *Ibid*, p.170, paras.22-24.
- (121) "Amendment to the Text of the Preamble Submitted by the Drafting Committee [19 May 1969]" (UN Doc. A/CONF.39/L.44); in *OR Documents*, *supra* note (114), p.271.
- (122) 尤も、前文第三項の「自由な同意原則」を、国家主権及び国家平等の原則に由来するものと理解する逐条解説も存在せず。M. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p.48.
- (123) "Fourth Report by Fitzmaurice", *supra* note (94), p.53, para.12.
- (124) "Draft Articles on the Law of Treaties", *supra* note (32), p.211, para.1.
- (125) 条約の拘束力の淵源に関する *pacta sunt servanda* 原則と誠実遵守義務との関係については、例えば次の文献を見よ。R. Kolb, *Good Faith in International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2017), pp.33-35; M. Marković, "Fulfillment in Good Faith of Obligations Assumed in Accordance with the Charter", in M. Šahović (ed), *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation* (New York: Oceana Publications, 1972), p.383; C. Tomuschat, "*Pacta sunt servanda*", in A. Fischer-Lescano *et al.* (Hrsg.), *Frieden in Freiheit/Peace in Liberty/Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag* (Baden-Baden: Nomos, 2008), S.1051.
- (126) かつてウェィユが指摘したように、国際法学者は「マゾヒスト中のマゾヒスト」のように自らの研究対象である国際法の基礎についての省察から議論を始めることが多いため、この種の議論は枚挙に暇がない。Weil, *supra* note (23), p.41. このような状況に鑑み、理論の「継受」を明らかにするという目的に照らし、本稿では過去の理論との関係を意識した上で自説を定立す

そのような研究を考察の対象とするつもりだ。

- (127) J. L. Briery, "Le fondement du caractère obligatoire du droit international", *Recueil des cours*, t.23 (1928-II) [hereinafter referred to as "Le fondement"], pp.467-549. なお、同年に用意された本講義の英語原文は次の文献におろって確認せよ。
- "The Basis of Obligation in International Law", in H. Lauterpacht/C. H. M. Waldock (eds), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Briery* (Oxford: Clarendon Press, 1958), pp.1-67. See also, J. L. Briery, "Règles générales du droit de la paix", *Recueil des cours*, t.58 (1936-IV) [hereinafter referred to as "Règles générales"], pp.23-35.
- (128) See e.g., M. Djuvara, "Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international", *Recueil des cours*, t.64 (1938-II), pp.479-625; G. Salvio, "Les règles générales de la paix", *Recueil des cours*, t.50 (1934-IV), pp.1-164; J. Spiropoulos, "Le fondement du droit international", *Revue de droit international*, t.III (1929) [hereinafter referred to as "Le fondement"], pp.97-130. *Idem*, *Théorie générale du droit international* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1930) [hereinafter referred to as *Théorie*], pp.25-63. 言へば、この一九三三年の著作に代表されるラウターバックの議論もこれに連なるものである。なお、これらの議論の詳細及びその評価については、第三部を見よ。
- (129) P. Chailley, *La nature juridique des traités internationaux: selon le droit contemporain* (Paris: Recueil Sirey, 1932), pp.73-130.
- (130) *Ibid.*, pp.329-331. Cf. M. Houlard, *La nature juridique des traités internationaux et son application aux théories de la nullité, de la caducité et de la révision des traités* (Bordeaux: Imprimerie-Librairie Delmas, 1936), pp.53-55.
- (131) See e.g., M. Reglade, *De la nature juridique des traités internationaux et du sens de la distinction des traités-lois et des traités-contrats* (Paris: M. Giard, 1924), pp.5-40. この時代におけるローレルの共同意思理論の受容については第三節を見よ。
- (132) R. Redlob, *Histoire des grands principes du droit des gens: depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre* (Paris: Rousseau, 1923), pp.17-24, 47-57, 122-128, 195-197, 224-226, 299-307, 337-339, 355-359, 397-403 et 433-440. Cf. *idem*, "Considérations sur les fondements du droit des gens", *Revue de droit international et de législation comparée*, t.14 (1933), pp.490-500.
- (133) H. Bauer, *Der Satz „pacta sunt servanda“ im heutigen Völkerrecht* (Marburg: Dissertation Universität Marburg, 1934), S.11-13.
- (134) M. de Taube, "L'inviolabilité des traités", *Recueil des cours*, t.32 (1930-II), p.295.
- (135) *Ibid.*, pp.371-372.

- (136) J. B. Whiston, "La règle 'pacta sunt servanda'", *Recueil de cours*, t.49 (1934-III), pp.151-276, esp. p.249. *Idem*, "The Sanctity of Treaties (*Pacta Sunt Servanda*)", *International Conciliation*, vol.16 (1935) [hereinafter referred to as "Sanctity"], pp.395-430, esp. p.417. *Idem*, "La sainteté des traités", *Revue de droit international et de législation comparée*, t.18 (1936), pp.440-480.
- (137) Whiston, "Sanctity", *supra* note (136), p.417.
- (138) Kunz, *supra* note (103), pp.180-197. クンツの議論も含め、*pacta sunt servanda* 原則を根本規範と捉える見解を、特にそれらの理論構成における異同に着目して検討した同時期の研究として、例えば次の文献も参照せよ。前原光雄「根本規範としてのパクタ・スント・セルヴァンダ——条約法との関係——」『国際法外交雑誌』第四〇巻(一九四一年)六六九-七〇二頁。
- (139) H. Wehberg, "Pacta sunt servanda", *American Journal of International Law*, vol.53 (1959), p.782.
- (140) ヴェーベルクのように同原則の歴史的展開を検討する戦後の研究として、例えば次の文献も見よ。E. Reibstein, *Völkerrecht: Eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis*, Bd.II: Die letzten zweihundert Jahre (Freiburg/München: K. Alber, 1963), S.569-635; M. Sibert, "The Rule 'pacta sunt servanda': From Middle Ages to the Beginning of Modern Times", *Indian Year Book of International Affairs*, vol.5 (1956), pp.219-226.
- (141) 村瀬・前掲註(7)一九一-一九二頁。
- (142) このような研究としては例えば次のような文献が挙げられる。大淵仁右衛門『国際法の拘束力の根拠に関する研究』(三和書房、一九五二年)二二八-二七五頁；山手治之『国際法論序説(国際法講義Ⅰ)』(法律文化社、一九六二年)四一-八九頁；N. Matesco, *Doctrines-écoles et développement du droit des gens* (Paris: A. Pedone, 1951); A. Trybol y Serra, "Doctrines contemporaines du droit des gens", *Revue générale de droit international public*, t.54 (1950), pp.369-416, t.55 (1951), pp.23-40 et 199-236. なお、詳細については第三部で検討されるもの、戦前期に上梓された先駆的な研究として次の文献も参照せよ。I. N. Erim, *Le positivisme juridique et le droit international* (Paris: Recueil Sirey, 1939).
- (143) Salmon, *supra* note (33), pp.1093-1100; Schmalenbach, *supra* note (64), pp.432-437. どのような動向は、例えば次のような文献においても確認される。田村幸策「国際法が拘束力をもつ理由に関する学説の分析と批判——国際法学の出発点で終着駅——」『政経論叢』(国士館大学第二二号(一九七四年)八-一四頁)；A. Aust, "Pacta Sunt Servanda", in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol.VIII (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp.15-18; S. Hall, "The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism", *European Journal of International Law*, vol.12 (2001), pp.284-286.
- (144) このような研究としては、ヘルンシュトルフ以外にも後掲註(157)で掲げた文献及び第一部第二章で検討される文献が挙げら

れる。

- (145) J. von Bernstorff, "German Intellectual Historical Origins of International Legal Positivism." [hereinafter referred to as "German Intellectual Historical Origins"], in Kammerhofer/d'Aspremont (eds.), *supra* note (55), pp.50-51. 彼の博士論文の1部(J. von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht: Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler* (Baden-Baden: Nomos, 2001), S.13-37)を改訂したものがあり、ケルゼンの国際法論に至るまでの過程として19世紀後半のドイツ語圏における国際法学の伝統が描かれている。
- (146) C. von Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft* (Leipzig: G. Mayer, 1847).
- (147) C. Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts* (Dorpat: C. Mattiesen, 1877).
- (148) K. V. Fricker, "Noch einmal das Problem des Völkerrechts", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd.34 (1878), S.368-405.
- (149) J. von Bernstorff, "Georg Jellinek - Völkerrecht als modernes öffentliches Recht im fin de siècle?", in S. L. Paulson/M. Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2000), S.200-206. J. von Bernstorff, "Georg Jellinek and the Origins of Liberal Constitutionalism in International Law", *Goettingen Journal of International Law*, vol.4 (2013), p.660. von Bernstorff, "German Intellectual Historical Origins", *supra* note (145), pp.61-76. なお「ロスマニエ」が強調したドイツ語圏における「自由主義的国際法学」の系譜に着目しながら、国家間合意の法的性質についてヘルンシュトルフと同様の理解を示すものとして、次の文献も参照せよ。西・前掲註(21)八〇―九五頁。
- (150) 例えば次のような文献が挙げられる。経塚作太郎「条約」「岩波講座基本法学 四——契約」(岩波書店、一九八三年)一三三―一六三頁；藤田・前掲註(32)三七一―四四頁；Distefano, *supra* note (84), pp.79-142.
- (151) 別の論考では「国家実証主義(State positivism)」として示されている。S. C. Neff, "Jurisprudential Polyphony: The Three Variations of the Positivist Theme in the 19th Century", in P.-M. Dupuy/V. Chetail (eds.), *The Roots of International Law/Les fondements du droit international: Liber Amicorum Peter Hoggemacher* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014) p.301.
- (152) Neff, *supra* note (62), p.226. 経験主義アプローチを採用する者としてホイートン(H. Wheaton)「ヘフター(A. Heffter)」「カルボ(C. Calvo)」「ホール・ウェストレイク(J. Westlake)」「ローレンス・ファンク＝ブレンターノ(F. Funck-Brenano)」「アンレル(A. Sorel)」「オッペンハイムが、共同意思アプローチを採用する者としてトリーパーとアンツィロツティが、そして意思主義アプローチを採用する者としてラッソン(A. Lasson)」「ベルクボーム」「カウフマン(E. Kaufmann)」「イエリネックが、それぞれ

挙げられている。*Ibid.*, pp.226-243.

(153) *Ibid.*, pp.226, 230 et 236.

(154) *Ibid.*, pp.230-231.

(155) *Ibid.*, p.241

(156) *Ibid.*, pp.235-236.

(157) 例えば次に掲げる研究はドイツ以外の文脈にも着目しているが、オッペンハイムの議論は十分に検討されていない。P. Caps, "International Legal Positivism and Modern Natural Law", in Kammerhofer/d'Aspremont (eds.), *supra* note (55), pp.221-222; R. Collins, "Classical Legal Positivism in International Law Revisited", in *ibid.*, pp.23-49; Neff, *supra* note (151), pp.301-334.

(158) von Bernstorff, "German Intellectual Historical Origins", *supra* note (145), p.76.

(159) Truyol y Serra, *supra* note (142), pp.408-413. See also, H. Legohérel, *Histoire du droit international public* (Paris: Presses universitaires de France, 1996), pp.108-109.

(160) 山手・前掲註(142)七〇-七四頁。

(161) Koskeniemi, *From Apology to Utopia, supra* note (28), pp.316-319. See also, J. Wouters et al., *International Law: A European Perspective* (Oxford: Hart Publishing, 2020), pp.40-41.

(162) Neff, *supra* note (62), pp.230-231.

(163) 大淵・前掲註(142)一二八-一七五頁。

(164) 同前、一五〇頁。

(165) 同前、一五一頁。

(166) このような評価は、前掲註(142)で挙げた山手の研究等に引き継がれているといえよう。

(167) Truyol y Serra, *supra* note (142), p.412.

(168) なお、コスケニエミは明らかにしていないが、ルソーの一般意志を援用するこの批判は、既にケルゼンによって提起されていたものであった。H. Kelsen, *Principles of International Law* (New York: Rinehart, 1952), pp.316-317.